

¿EN QUÉ CONDICIONES ENCARCELAR A UN PRESUNTO INOCENTE PARA REALIZAR LA JUSTICIA PENAL? REPERCUSIONES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Esther Pomares Cintas*¹
Manuel Martín Yáñez**

“¡Oh! Si se escribiese la historia de las víctimas de la prisión preventiva, se leería en ella una de las más terribles acusaciones contra la sociedad (...).” “Si el derecho del acusado a no sufrir pena antes del juicio; si la necesidad de disminuir en lo posible el número de cárceles y su extensión (...), imponen que se reduzca (...) la prisión preventiva, no lo aconsejan menos las dificultades que ofrece para organizarla de modo que no se desconozca ningún deber ni se lastime ningún derecho”.
Concepción Arenal, Estudios penitenciarios, Madrid, 1877.

Recibido: enero 2021. Aceptado: julio 2021

1 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, “Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica” (PID2019-107974RB-I00).

* Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Jaén. ORCID: 0001-6533-6873, epomares@ujaen.es.

** Doctor en Derecho, Jefe de servicios Centro de Inserción Social Matilde Cantos, Granada. mmyanez@ujaen.es

Resumen: Las premisas internacionales en torno a las condiciones efectivas del encarcelamiento de una persona encausada (Reglas Nelson Mandela, Reglas de Bangkok, Reglas Penitenciarias Europeas, doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos) obligan a adoptar mecanismos de garantía tanto en la legislación penitenciaria, como a la hora de acordar judicialmente la medida de prisión preventiva y supervisar el cómo de su cumplimiento, porque, de no ser así, se quebrarían salvaguardias esenciales en la privación del propio derecho fundamental a la libertad.

Esta otra vertiente esencial de la medida cautelar de prisión preventiva ha sido generalmente desatendida por el Tribunal Constitucional, que se ha volcado en lo relativo a sus presupuestos y el derecho de defensa, reflejándose ese mismo grado de abandono en la legislación penitenciaria aplicada.

El incumplimiento en España de un régimen de preventivos distinto y separado de la población reclusa penada es una razón material para erradicar esta figura del escenario de la cárcel.

Palabras Clave: Ejecución de la prisión preventiva, régimen de presos preventivos, presunción de inocencia, jueces de garantía, prisión de mujeres, alternativas a la prisión.

*UNDER WHAT CONDITIONS SHOULD A PRESUMED
INNOCENT BE IMPRISONED FOR THE PURPOSES OF
CRIMINAL JUSTICE?*

Abstract: The International Premises about the actual conditions of imprisonment of untried prisoners (Nelson Mandela Rules, Bangkok Rules, European Prison Rules, Doctrine of the European Court of Human Rights) require the adoption of guarantee mechanisms both in the prison legislation and in the adjudication of the pre-trial detention measure, and the supervision of its enforcement, because, if not, essential safeguards that would lead to the violation of the fundamental right to freedom itself would be breached.

This other essential aspect of the preventive measure of pre-trial detention has generally been neglected by the Constitutional Court, which has focused on its fundamentals and the right of defence. The same degree of neglect is reflected in the prison legislation applied. The failure in Spain to implement a special preventive regime

separate from the rest of the prison population, which is openly accused of women prisoners, is a material reason for eradicating this figure from the prison space.

Key Words: Execution of pre-trial detention, regime of untried prisoners, presumption of innocence, Judge for guarantees, women's prison, alternatives to imprisonment.

Sumario: I. Introducción; II. La prisión preventiva, ¿medida de *injusticia tolerable*?; III. Características del sistema regimetal de los encarcelados preventivos; 1. Los Establecimientos de preventivos; 2. Estatuto jurídico del preso preventivo: sujeto a la autoridad penitenciaria y retenido a disposición de la autoridad judicial; 2.1. La relación de sujeción especial de la persona reclusa a la potestad penitenciaria; 2.2. Vectores de adaptación de la relación de sujeción especial a la situación de internamiento del *no-penado*; 3. La vulneración del estatuto jurídico del preso preventivo en el medio penitenciario español; 3.1. Relaciones del encarcelado preventivo con el exterior: las comunicaciones; 3.2. ¿Derecho a obtener permisos de salida penitenciarios?; 3.3. Otras privaciones de derechos de los encausados-encarcelados: la prisión incomunicada. 4. Repercusiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre 2020. IV. El perímetro silenciado: la situación de las mujeres presas preventivas. V. ¿Alternativas a la prisión preventiva? VI. Conclusiones: la cadena de custodia judicial de garantías respecto de las condiciones del encarcelamiento preventivo. Bibliografía

I. Introducción

Si existe un instituto idóneo “para provocar, como señala la experiencia, el desvanecimiento de las garantías penales y procesales” es, sin duda, la prisión preventiva². Y, sin

2 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 553; LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión Provisional y Régimen Penitenciario”, En, *Prisión Provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 185.

embargo, lejos de arbitrar (y aplicar) soluciones que aboquen a su desaparición, sigue encontrando hoy, y en el horizonte más inmediato, un lugar protagonista en el escenario penitenciario español.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím., en adelante) subraya el carácter de *ultima ratio* de la medida del encarcelamiento preventivo –“cuando objetivamente sea necesaria”, “y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión preventiva”, teniendo en cuenta “la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado” (Art. 502). La resolución judicial que la decreta deberá motivar razonadamente esta grave intromisión en la esfera personal, familiar y social del encausado.

Presupuestos de *ultima ratio* que, a la postre, las estadísticas contradicen. Así, a enero de 2020, de una población reclusa masculina total de 54.047, la cifra de presos preventivos asciende a 8.711, mientras que del total de mujeres presas (4.322), 652 son encarceladas preventivas³.

3 https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/fondo-documental/estadistica-penitenciaria?p_p_id=statistics_INSTANCE_AX-IEs6uouEHr&p_p_state=normal&p_p_mode=view&statistics_INSTANCE_AXIEs6uouEHr_javax.portlet.action=searchActionMonthly&p_auth=zjWBX11s&p_p_lifecycle=0 (visitada el 25 de diciembre de 2020). A diciembre de 2019, la población presa preventiva se sitúa en torno al 16%. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>. A fines de diciembre de 2020, las prisiones “albergan a 47.373 internos”; el 7,4 % son mujeres, “3.514”. https://www.institucionpenitenciaria.es/es/gabinete-de-prensa/notas-de-prensa?p_p_id=genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idArticle=0&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idPaginacion=0&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_page=%2Fnew.jsp

Tabla 1. Población reclusa según situación procesal-penal, por sexo

Situación	Hombres	Mujeres	Total
Preventivos	8.711	652	9.363
Penados	44.091	3.607	47.698
Medidas de Seguridad	529	45	574
Penados con Preventivas	716	18	734
Totales	54.047	4.322	58.369

Este perfil incrementa notablemente la población penitenciaria, propiciando asimismo el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, en los que el principio celular ha quedado vaciado de contenido⁴. El informe del Comité sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa (25 de junio de 2015)–“*Abuse of pre-trial detention in States Parties to the European Convention on Human Rights*”, alertaba el recurso abusivo a la medida de la prisión preventiva. El Parlamento europeo, en su Resolución de 5 de octubre de 2017 sobre condiciones y sistemas penitenciarios⁵, todavía se extraña que, tras el declive del estado de bienestar social y el consecuente auge de las políticas socioeconómicas neoliberales impulsadas desde las propias instituciones europeas⁶, aparezca un escenario desolador de “una superpoblación carcelaria (...) muy extendida en Europa”, que no es sino el fruto de un derecho penal máximo tendente a blindarlas⁷. Según datos de *Eurostat*, en 2014, más del 20% de la población reclusa total estaba ocupado por el perfil de presos preventivos, el mismo porcentaje que marcaba el Preámbulo del Reglamento penitenciario español aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (RP, en adelante).

4 DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, pp. 447 ss., 478.

5 2015/2062 (INI).

6 NAÏR, S.: *El desengaño europeo*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.

7 *Vid.* Estadísticas penales anuales del Consejo de Europa, de 14 de marzo de 2017.

El objetivo de este trabajo trasciende la problemática que gira alrededor de los presupuestos de la prisión preventiva como medida cautelar, adentrándose particularmente en el análisis del sistema de vida efectivo de las personas presas no penadas, pendientes de un proceso penal en curso, una mirada que aportará argumentos materiales para abonar -incluso anticipar- la imposibilidad de aplicar y mantener la medida de la prisión preventiva en España.

El día a día de un encarcelamiento que se concibe como garantía personal de la realización de la justicia penal se organiza, en primer lugar, en centros penitenciarios pensados para la ejecución de penas de prisión, y, en segundo término, a partir de un doble eufemismo – una suerte de “retención” del recluso a disposición judicial bajo el *régimen de los preventivos* inspirado en el *principio de presunción de inocencia* [art. 5 Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 septiembre (LOGP, en adelante)]. Tras este enjambre de principios, estados y fines que conviven forzosamente en el interior de un mismo paradigma arquitectónico, disciplinario y regulador de todos los tiempos de vida –la prisión–, surge una modalidad devaluada de privación de libertad, en contraste con la aplicable a los reclusos penados⁸. Las instituciones son sabedoras del “carácter sensiblemente más gravoso” que la propia pena de prisión y su negativa incidencia sobre el recluso en todos los órdenes (STS 412/2010, de 7 de mayo). Una devaluación que alcanza su paroxismo en los departamentos de mujeres, cuyos derechos y necesidades se ven ampliamente desatendidos por su baja *ratio* en comparación con los hombres.

Porque no encarar las particulares condiciones y el régimen penitenciario de los encarcelados preventivos, hombres y mujeres, y la despreocupación por adaptarlos a las exigencias internacionales de la ONU (*Reglas Nelson Mandela*

8 ASENSIO MELLADO, J. M^a.: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 30.

y *Reglas de Bangkok* para el tratamiento de las reclusas) y del Consejo de Europa (*Reglas Penitenciarias Europeas*), encubren dos cuestiones principales: de un lado, constituyen también garantías del derecho a la libertad (y su privación) reconocido en el artículo 17.1 Constitución española (CE), vinculadas a la prisión preventiva; de otro, la práctica de una espiral de contradicciones que se ponen de manifiesto en el estatus particular del preso preventivo a lo largo de todos los ámbitos de la actividad penitenciaria⁹, en contraste con la situación que rige para los presos penados, sujetos a las pautas de la ejecución de una sentencia condenatoria firme. Como si se asumiera de forma inevitable el desvanecimiento, en los centros penitenciarios españoles, de las diferencias entre las finalidades constitucionales que deben orientar el cumplimiento de la pena de prisión y los fines encaminados a cubrir el encarcelamiento de una persona asistida por el derecho a la presunción de inocencia y el ejercicio del derecho de defensa. Son cuestiones clave para un debate sobre la pervivencia misma de una figura conceptualmente controvertida en un Estado democrático de Derecho.

II. La prisión preventiva, ¿medida de *injusticia tolerable*?

En un Estado social y democrático de Derecho, la libertad personal adquiere una doble vertiente esencial: es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y un derecho fundamental (art. 17 CE) cuya trascendencia estriba también en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo; 82/2003, de 5 de mayo; 181/2004, de 2 de noviembre). No puede sorprender, pues, que una

9 LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, pp. 285, 286; del mismo autor, “La Reforma de la prisión provisional”, *La Ley*, n. 1, 2004, pp. 1554 ss.

medida como la prisión preventiva, que no posee la categoría de pena (art. 34.1 Código penal), siga suponiendo hoy “la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie (...) una sentencia (...) que la justifique”¹⁰: un ataque frontal al derecho fundamental a la libertad como sustrato de la integridad personal, que no es siquiera compensable con el abono automático de tiempos de pena de prisión¹¹, en el caso de que resulte una condena firme, o, en su caso, con una indemnización –que no es automática– por una posterior absolución en la causa pendiente¹².

El art. 17 CE, precepto que reconoce el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, otorga carta de naturaleza a la figura de la prisión preventiva, limitándose el apartado 4 a disponer la necesidad de marcar un plazo máximo de duración, para evitar que pueda convertirse en una *pena anticipada* (SSTC 191/2004, de 2 de noviembre; 98/2002, de 29 de abril), pero sin imponer, como contrapartida, un cordón de salvaguarda que impida de modo tajante su asimilación efectiva y valorativa al régimen de cumplimiento de la pena de prisión, porque sería también una forma de conculcar el derecho a la libertad.

En este sentido, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (22 de noviembre de 1969), en su art. 5.4 (Derecho a la Integridad personal), no sólo dispone la separación

10 MUÑOZ CONDE, F/MORENO CATENA, V.M.: “La prisión provisional en el Derecho español”, En, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 334.

11 Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R.: “¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena”, *InDret* 3, 2020, p. 126.

12 Véanse, por ejemplo, los resultados absolutorios respecto de encarcelados preventivos en la STS 618/2008, de 7 octubre. Sobre esta materia, NISTAL BURÓN, J./SOLAR CALVO, M^a P.: “Indemnización a todos los presos preventivos absueltos del delito imputado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 954, 2019, p. 2.

formal de “los procesados” respecto de “los condenados”, sino que asienta el compromiso de establecer materialmente “un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”. La conculcación de la separación de modalidades de vida en el cumplimiento de la prisión preventiva deberá equivaler a la vulneración del derecho a la seguridad como garantía de la integridad personal, intrínsecamente vinculado al propio derecho fundamental a la libertad en la medida en que se confunde y difumina la finalidad que justifica dicha herramienta cautelar. Si esta división efectiva y material de modelos de regímenes penitenciarios no se puede garantizar, el órgano judicial competente para decretar la medida privativa de libertad no podrá acordarla teniendo en cuenta “la repercusión” real que tendrá en el investigado o encausado (Art. 502 LECrim). Como observa la mencionada Resolución del Parlamento europeo sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2017), el recurso prácticamente sistemático a la prisión preventiva, “combinada, entre otras cosas, con unas malas condiciones penitenciarias, entraña una violación de los derechos fundamentales de los reclusos”.

El encarcelamiento preventivo de un presunto inocente se justifica exclusivamente por la necesidad de asegurar las finalidades del proceso penal (SSTC 165/2000, de 12 de Junio; 177/1998, de 14 de septiembre), a saber, la acción de la justicia penal a través de la actuación de los mecanismos estatales encaminada a la investigación, esclarecimiento y enjuiciamiento de hechos indiciarios de delito, inhibiendo así una posible frustración de la misma por una ilegítima intromisión del encausado-encarcelado (arts. 124.1 y 126 CE). Reconducir esta finalidad constitucional al interés de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no tiene el sentido, en puridad, de evitar la impunidad de los hechos con apariencia delictiva, pues la persona encarcelada goza del principio de presunción de inocencia, que despliega sus efectos desde el mismo momento en el que se incoa el procedimiento y a lo largo de todo su desarrollo hasta que exista certeza jurídica firme de

culpabilidad, que solo acaecerá cuando el proceso concluya y las pruebas legítimas aportadas lleven al juez o tribunal a esa convicción. Como declara la STC 106/2011, de 20 de junio, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el ámbito penal, no es un derecho “a la condena penal de otra persona”, sino “a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que se pueda obtener una respuesta motivada y fundada en derecho”, cualquiera que sea el contenido de la misma, sea cual fuere el resultado del hipotético proceso penal, porque “el proceso pudiera terminar en una sentencia absolutoria” (posibilidad contemplada expresamente en el art. 9.3 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020, que alude a la presunción de inocencia). Los presos preventivos son, pues, “detenidos a la espera de juicio” (Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006¹³, modificada el 1 de julio de 2020).

Con la prisión preventiva se busca, pues, garantizar la realización de la justicia sobre hechos con apariencia delictiva, evitando entorpecerla porque existan riesgos objetivos de que la persona encausada (investigada o acusada) se sustraiga a la acción de la justicia no presentándose ante ella, o por la posibilidad cierta de destruir o alterar cualquier medio de prueba, o por representar una amenaza a los bienes jurídicos personalísimos de la presunta víctima (art. 503 LECrim). Es la viabilidad, por tanto, de la tutela judicial efectiva, como finalidad constitucionalmente legítima, el sustrato que faculta encarcelar a un presunto inocente; una suerte de medida de *injusticia tolerable*, que instrumentaliza, a modo de garantía personal, los derechos y libertades fundamentales del sujeto

13 *Documentos de Trabajo. Consejo de Europa. Reglas Penitenciarias Europeas*. Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Abril de 2010.

afectado mientras goza, al tiempo, frente a los presos penados, del estatuto de la presunción de inocencia y del derecho de defensa como signos distintivos. Por ello, con FERRAJOLI, representa la “medida de defensa social más eficaz: primero se castiga y después se procesa, o, mejor, se castiga procesando. Y se configura como la forma más conspicua de aquella transformación del proceso en pena informal”¹⁴. Porque, sin duda, el encarcelamiento es, como privación de libertad que trasciende la libertad ambulatoria, “un castigo en sí mismo” (Reglas Penitenciarias Europeas). En cierta medida, dado que franquea la misma puerta de la prisión, es un modo de prejuzgar “el veredicto final de un procedimiento”¹⁵.

En suma, en el perfil del preso preventivo confluye, al unísono, un doble estatuto difícil de conciliar: es un *procesado* que goza del principio de presunción de inocencia y del derecho de defensa como todo ciudadano libre en la esfera del procedimiento penal; pero reúne el *estatus de preso* desde el momento en que ingresa por la misma puerta del centro penitenciario, en virtud de un Auto de prisión preventiva. En esta dicotomía, el principio de presunción de inocencia difícilmente puede traducirse en piedra angular que sirva, en el seno de una cárcel, para influir decisivamente sobre la entidad, el cómo y el cuánto de la disciplina carcelaria que pesará sobre su persona durante el encarcelamiento, porque será un preso más que se confunde en el hacinamiento de las cárceles españolas. Pero sí será el eje que impida configurar un tratamiento de su estatuto que anticipe su culpabilidad, esto es, enfocado a la posibilidad de que sea condenado en un futuro por el delito por el que es investigado o acusado (Reglas Penitenciarias Europeas, punto 95.1).

14 FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón...*, cit., pp. 775, 776; LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión Provisional y Régimen Penitenciario”, cit., p. 186.

15 LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión Provisional y Régimen penitenciario”, cit., p. 186; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 18, 1996, pp. 13 ss.

El radio de acción respectivo del principio de presunción de inocencia y de la medida de prisión preventiva compromete esferas diferentes: el proceso penal, que discurre bajo la autoridad judicial y otras figuras colaboradoras con la Administración de justicia, de un lado, y la disciplina de la prisión, que atañe a todos los que se encuentran sujetos a la autoridad penitenciaria, de acuerdo con el contenido intimidatorio que se conecta a la relación de sujeción especial¹⁶, de otro lado. En palabras de NISTAL BURÓN, “La presunción de inocencia constitucionalmente relevante en el ámbito procesal (...) no afecta al interno preventivo, que pasa a ser un recluso con todas las de la ley desde el momento que pisa la cárcel y como tal, va a sufrir todas las consecuencias de la privación de libertad, especialmente las negativas. En el ámbito penitenciario no existe la categoría de “presunto” (...), se es recluso o no se es— da igual que uno haya sido juzgado o no”¹⁷.

Esta manifestación de un mecanismo de *injusticia tolerable* en aras de intereses constitucionales de realización de la justicia en el orden penal repercute gravemente sobre el encausado, confinándole en todas las facetas: sus posibilidades reales de defensa en comparación con los investigados o acusados en libertad provisional, sin hablar de la particular situación personal de incertidumbre de quien está inmerso en un proceso penal y encarcelado; los efectos de

16 MUÑAGORRI LAGUÍA, I./RIVERA BEIRAS, I./MIRANDA RODRIGUES, A.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Bosch, 2000; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “Tecnología de la irrealidad, cárceles de máxima seguridad, incomunicabilidad y sublimación autoritaria”, En, (E. Echeburúa Odriozola/J.L. de la Cuesta Arzamendi/ I. Dendaluze Seguroola, Coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, 1989, pp. 1085 ss.

17 Vid. NISTAL BURÓN, J.: “Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva: régimen penitenciario y principio constitucional de “presunción de inocencia”, *La ley*, nº 7282, 2009, p. 1.

distorsión-desvinculación en su entorno familiar, laboral o social¹⁸; la carga estigmatizadora que genera rechazo en un sector considerable de la sociedad, alimentada por la opinión pública que utiliza imágenes con nombre propio, haciendo las veces de una anticipación de la pena; los efectos de despersonalización e inadaptación inherentes al encarcelamiento, que deja secuelas tanto físicas como psíquicas¹⁹.

Una dinámica que provocará fácilmente un deterioro en la convivencia carcelaria, explicando, en muchos casos, su indisciplinada o “conflictiva conducta dentro de los establecimientos penitenciarios”²⁰, e incidiendo inmediatamente en su régimen de vida, como veremos más adelante. ¿Son esos efectos nocivos (y reales) un mal valorado positivamente por el Estado democrático de derecho que ha de asumir el preso preventivo como garantía de realización de la justicia? ¿Ello implica establecer una suerte de maridaje con el cumplimiento de la pena de prisión, o cabe extraer un alcance distinto por aplicación de la presunción de inocencia que detenta el afectado por la prisión preventiva?

Por último –y principal–, dado que es inherente en la ejecución de la medida de la prisión preventiva una

18 Cfr. FINZI, M.: *La prisión preventiva*. Propuestas de reforma precedidas por la traducción castellana de los escritos de Francesco Carrara sobre la materia. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 5; FERRAJOLI, L., Op. cit., pp. 556, 557; BARRITA LÓPEZ, F.: “La prisión preventiva y sus modalidades. Medios y procedimientos para su restricción”, En, *Orientación actual de la legislación penitenciaria*. Memoria de la V reunión nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación social. México D.F., 1998, p. 49; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D.: “El abono de la prisión preventiva en el proyecto de código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 1983, pp. 87 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, cit., p. 285.

19 ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ÁLVAREZ DÍAS, J.A/DÍEZ GONZÁLEZ, P.R.: *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

20 En esta línea, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D.: “El abono de la prisión preventiva...”, cit., pp. 87 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, cit., p. 285.

prolongación en el tiempo de la privación de libertad, el derecho fundamental a la *seguridad* de los derechos y libertades de la persona encausada durante el internamiento (art. 17 CE, apdo 1, en relación con el apdo 4; art. 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el principio de presunción de inocencia como sustrato (art. 24.2 CE), serán los presupuestos para establecer particulares salvaguardas frente al desvalor de una modalidad de pena anticipada, tanto en el momento de acordarla como a la hora de supervisar su ejecución. Hablamos, pues, de la garantía de un régimen de vida materialmente diferenciado y separado respecto del sistema de cumplimiento de penas en el medio penitenciario; de unas condiciones materiales y personales de internamiento, y del lugar del mismo, que deben ser apropiadas para afirmar la legalidad de una privación de libertad adscrita estrictamente a las finalidades que persigue, que no son las que orientan el cumplimiento de la condena. En otras palabras, son *también* garantías del artículo 17.1 CE vinculadas a la prisión preventiva.

Esta otra vertiente esencial de la medida cautelar de prisión preventiva ha sido generalmente desatendida por el Tribunal Constitucional, que se ha volcado alrededor de sus presupuestos (art. 503 LECrim) y el derecho de defensa, reflejándose ese mismo grado de abandono en la legislación penitenciaria aplicada. Se desvanecen, en la teoría y en la práctica, las diferencias entre las finalidades constitucionales que deben orientar el cumplimiento de la pena de prisión y las de la prisión preventiva, por discurrir ambas en el mismo terreno penitenciario.

III. Características del sistema regimental de los encarcelados preventivos

Un argumento más de peso para apostar por la erradicación de la figura de la prisión preventiva será el que nos brinda conocer la realidad vivida por los presuntos inocentes

y, particularmente, la de las mujeres, que se encuentran en las cárceles de España a día de hoy.

Son varias las cuestiones que se plantean: ¿Cómo diseñar un régimen de vida *penitenciario* que responda a los objetivos de *retención* y custodia de quien debe estar “a disposición de la autoridad judicial”, como garantía de la finalidad de realización de la justicia, y materialice, al tiempo, el principio de presunción de inocencia que debe presidirlo, como proclama el art. 5 LOGP?, ¿Cómo articular un estatuto jurídico del encarcelado preventivo que haga valer su derecho a la presunción de inocencia que lo vincula aún a la sociedad libre y garantice, en calidad de *retenido*, su derecho y capacidad de defensa, además del mantenimiento de su entorno familiar, laboral y social?, ¿Cómo minimizar, en definitiva, los riesgos psicosociales derivados del encarcelamiento de un presunto inocente?

La respuesta a estas interrogantes dependerá esencialmente de la dimensión y contenido que cobre la *relación de sujeción especial* de este perfil de encarcelados-no penados a la autoridad penitenciaria y el alcance del derecho fundamental de presunción de inocencia en el medio penitenciario.

Las directrices internacionales que se han pronunciado en esta vertiente exigen establecer unas *salvaguardas suplementarias* en la manera en la que deben ser tratados los presos preventivos durante su internamiento. El apartado 84.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos²¹ (Reglas Nelson Mandela, en adelante) y las Reglas Penitenciarias Europeas (puntos 95 y siguientes) señalan el grado de relevancia del principio de presunción de inocencia, que no es ningún criterio programático sino el signo de identidad del estatuto del encarcelado preventivo: debe materializarse tanto a la hora de diseñar

21 Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 17 de diciembre de 2015.

los lugares de reclusión –“espacios separados de los reclusos penados” (Reglas Nelson Mandela, punto 112)– como el régimen de vida “especial” que regula y garantiza sus derechos (punto 111); y, por ende, se debe adaptar a este perfil de reclusos el contenido de la relación de sujeción especial a la Administración penitenciaria.

1. Los Establecimientos de preventivos

En relación con las previsiones internacionales recogidas en las Reglas Nelson Mandela y las Reglas Penitenciarias Europeas, la Ley Orgánica General Penitenciaria alude a la existencia de “Establecimientos de preventivos” –arts. 7 a) y 8–, como modalidad arquitectónica penitenciaria, para indicar aquellos lugares que serán ocupados por los encarcelados en espera de juicio.

En la definición reglamentaria, el “establecimiento o centro” conforma una “entidad arquitectónica administrativa y funcional con organización propia”, distribuida en unidades, módulos y departamentos (art. 10 RP). De tal modo, pues, que los destinados a los *preventivos* no tienen el sentido de dependencias o departamentos que forman parte de una unidad superior, sino centros autónomos formados por “unidades, módulos y departamentos”, con características y estructura propias, “dotados de los medios materiales y personales necesarios” encaminados estrictamente a la retención y custodia a disposición de la autoridad judicial, bajo el principio de presunción de inocencia (arts. 5, 8.1, 14 LOGP), que compromete directamente a la Administración penitenciaria.

Se observa aquí un dato significativo: el art. 8.1 LOGP deja abierta la posibilidad de que en los establecimientos de preventivos se *puedan* cumplir penas y medidas de seguridad privativas de libertad con la condición de que su duración pendiente de cumplimiento no exceda de seis meses. Pero en ningún caso señala la previsión contraria, a saber, que los establecimientos de cumplimiento de condena firme puedan

albergar medidas cautelares como la prisión preventiva. Se veta aquí la posibilidad de ubicar a ambas categorías de internos en un establecimiento de ejecución de penas de prisión.

En la actualidad, la realidad se aleja diametralmente de las exigencias internacionales en esta materia y de las previsiones legales que se habían establecido precisamente para su observancia. El régimen de los preventivos –incluido el enfoque de su ubicación arquitectónica– se encuentra subordinado a otras prioridades extrañas a la política penitenciaria de un Estado social y democrático de Derecho, fruto, a su vez, de una acumulación carcelaria determinada por políticas de populismo punitivo que apuestan por un endurecimiento de las penas de prisión bajo el discurso de su cumplimiento efectivo e íntegro (véanse las repercusiones de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)²².

En otras palabras, han sido los criterios de austeridad de gestión empresarial, como emblema de la eficacia, y el paradigma de seguridad carcelaria, los que han marcado el drástico recorte y devaluación de las garantías y herramientas de respuesta a las carencias y necesidades de la población reclusa.

La concentración de personal y recursos ha provocado el diseño pragmático, por vía reglamentaria, de los denominados *establecimientos polivalentes* (art. 12 RP), aquellos que cumplen “los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la LOGP”, esto es, centros en los que quedan agrupados, pero desprovistos de entidad autónoma, en diferentes

22 Cfr. el análisis de BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2015, nº 9, pp.1 ss.; del mismo autor, “Sistema democrático, punitividad y la octava tesis de Walter Benjamin”, En, *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (Portilla Contreras, G./Velásquez Velásquez, F., Dirs.), Dykinson, 2019, pp. 341 ss.

departamentos, reclusos preventivos y penados, de modo que hoy las largas condenas (en aras del cumplimiento íntegro-efectivo) conviven compartiendo los espacios de los encarcelados-procesados. Ello supone un claro quebranto de la legalidad internacional y nacional, que, una vez más, es banalizada por la Administración penitenciaria, acostumbrada durante mucho tiempo a utilizar este terreno como si fuera un perímetro propio, bajo su arbitrio, lejos de una concepción de relación de especial sujeción entendida bajo el principio de protección del estatuto jurídico respectivo de los reclusos. Las Reglas Penitenciarias Europeas, en el punto 4, recuerdan que la “falta de recursos no podrá justificar unas condiciones de detención que violen los derechos humanos”, así, en el espacio de la prisión preventiva, la conculcación del derecho a la seguridad de los derechos que deben asistir al particular estatuto del presunto inocente durante el internamiento.

2. Estatuto jurídico del preso preventivo: sujeto a la autoridad penitenciaria y retenido a disposición de la autoridad judicial

El punto de partida, que también debe considerarse a la hora de decretar esta medida cautelar privativa de libertad, lo ha de ser la previsión y efectividad de un marco jurídico que haga posible el desarrollo de un modelo de vida en el interior de la institución penitenciaria que evite una ruptura con el entorno del preso preventivo; es decir, que circunscriba sus mínimas limitaciones a su estatus de “retenido a disposición de la autoridad judicial” (art. 5 LOGP) por estar inmerso en una causa penal cuya viabilidad precisamente ha determinado su internamiento, y, por lo mismo, garantice también el ejercicio de su derecho de defensa sin mermas “en la práctica y de manera efectiva” (art. 3.1 Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013²³). Las restricciones que se apliquen sobre

23 Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los pro-

el retenido presunto inocente en ningún caso han de suponer un perjuicio para el derecho a un juicio justo y la preparación de la defensa (art. 7 Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos). La transposición de esta Directiva, sin embargo, aún no se ha completado en lo concerniente al ejercicio de derecho de defensa como garantía del artículo 17.1 CE vinculada a la prisión preventiva, como hoy reconoce la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020. El art. 252. 2 propone obligar al juez o tribunal a adoptar, “de oficio o a instancia de parte, las prevenciones necesarias para garantizar que el derecho de defensa de la persona privada de libertad se ejercite en condiciones equivalentes al de las personas libres”.

A tales efectos, la relación jurídica que une al “retenido” preventivo con la Administración penitenciaria no puede adquirir el mismo contenido que la que une al preso penado, pero tampoco puede adoptar aquella que identifica al ciudadano libre porque está encarcelado.

2.1. La relación de sujeción especial de la persona reclusa a la potestad penitenciaria

Frente al formato de vinculación del ciudadano libre con la Administración, en el terreno penitenciario el sujeto ingresa en una comunidad estructurada de la que no se puede desprender por su propia voluntad, encontrándose particularmente reducidos sus márgenes de maniobra, pues todos sus tiempos de vida aparecen reglados. Se conforma así una relación estatutaria singular, derivada de una “especial sujeción” (entre otras, SSTC 126/1995, de 11 de septiembre;

cesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Véase art. 520 LECrim.

141/1999, de 22 de junio), que encarnaba, en sus inicios, la voluntad de expulsar del ámbito del derecho determinados espacios para sumirlos en el lenguaje de la arbitrariedad, primando el preso en su calidad de “súbdito”.

La concepción y contenido de la relación penitenciaria de especial sujeción, y su radio de acción, se han ido adaptando, si bien con dificultad, a las reglas de un Estado social y democrático de Derecho. En la actualidad, estos espacios especiales de poder y control se encuentran integrados en el seno del derecho administrativo, desplazando la semántica de la especialidad a la de la excepcionalidad, y siendo aún asumida con reservas y particulares recortes la entrada de los derechos y libertades fundamentales en el medio penitenciario, al igual que el principio de estricta legalidad o el de reserva de ley orgánica en las directrices reglamentales²⁴. Las consignas marcadas por las Reglas Penitenciarias Europeas y la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios, se dirigen a evitar que la esfera de esos derechos quede vaciada de contenido porque la dignidad humana es inalienable²⁵; una frontera que la Administración penitenciaria no puede traspasar a la hora de diseñar y organizar la actividad y la vida penitenciarias. Se impone la necesidad de establecer un sistema que conciba a la persona presa como sujeto de derechos, pues el tiempo de internamiento incide causando daños que pueden ser irreparables en su condición física, psicológica, laboral o social.

24 TELLEZ AGUILERA, A.: “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1999, p. 332.

25 RACIONERO CARMONA, F.: “La visita de la vieja Dama, una alegoría sobre la Ley Orgánica General Penitenciaria”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1- 1999, p. 102; ALBIN ESER, A.: “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’ Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social” (Trad. de Landa Gorostiza), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1998, pp. 131 ss.

La necesidad de minimizar los riesgos de arbitrariedad e injerencia por parte de la Administración penitenciaria ha sido precisamente la razón que ha avalado la exigencia de un control adicional jurisdiccional, un *plus* de protección a través de instituciones de garantía materializadas aquí a través de la figura de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (arts. 76 ss. LOGP).

A partir de los postulados contenidos en el art. 25.2 de la Constitución española, expresamente articulados para la ejecución de la pena de prisión²⁶, la relación entre la persona reclusa y la Administración penitenciaria se ha entendido por el Tribunal Constitucional como “un régimen especial limitativo de los derechos fundamentales de los reclusos, de manera que lo que podría representar una vulneración de los derechos fundamentales de un ciudadano en libertad no se considera como tal tratándose de un recluso”. Ahora bien, si, de un lado, matiza que ese eje de la vida en prisión debe ser comprendido en “sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales”, a renglón seguido, destaca la finalidad primordial de la institución penitenciaria en la custodia de los presos: velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro y el “correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento” (entre otras,

26 “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. Sobre la influencia del precepto constitucional tanto en el orden legislativo como en el relativo a la ejecución penal, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Teoría de la pena y Constitución”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, pp. 264, 265; JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*. 3ª Ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 87.

SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 175/2000, de 26 de junio; 27/20001, de 29 de enero; 116/2002, de 20 de mayo). El precepto mencionado declara la orientación de la pena privativa de libertad hacia la reinserción social, y, sin embargo, el Tribunal constitucional ha impedido postularla como derecho fundamental amparable, para vestirla como “un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria” (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 28/1988, de 23 de febrero). En esa medida, el Tribunal ha vaciado el precepto constitucional (véase su más que limitada repercusión en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de marzo de 2009), a pesar de estar ubicado en el lugar de los derechos y libertades públicas de carácter fundamental²⁷, negando a la reinserción social esa carta de naturaleza que pudiera, en esa calidad, condicionar también el contenido de la relación jurídico penitenciaria en un sentido distinto (afortunadamente, siempre hay voces discrepantes entre los miembros del Tribunal Constitucional que apuestan por otra línea: véanse, al respecto, los Votos particulares a la STC 120/1990, 27 de junio, formulados por los Magistrados M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y J. Leguina Villa).

La especialidad del encarcelamiento y de un espacio cerrado a los ojos de la sociedad, cuyas características condicionan a los sometidos a la autoridad penitenciaria en aras de la disciplina carcelaria, tiñe la relación de sujeción

27 Contradice la ubicación sistemática del precepto constitucional devaluar el derecho a la reinserción social a la categoría de un principio programático, que, como tal, tendría cabida en otro lugar. Cfr. SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E.: “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 12, 1980, p. 110; TELLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina Penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer, Madrid, 1998, p. 36; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M.: *Guía Práctica de Derecho Penitenciario 2016*. Ed. Jurídica Sepin, 2016, pp. 25, 26. Sobre la polémica de considerar la reeducación y reinserción social como derecho subjetivo, DAUNIS RODRÍGUEZ A.: *Ejecución de penas en España*, Comares. Granada, 2016, pp. 12, 13.

especial con elementos eminentemente intimidatorios. Y, sin embargo, la realidad de una potestad administrativa penitenciaria que discurre por amplios pilares de discrecionalidad, el juego de conceptos jurídicos indeterminados que invade la legislación penitenciaria, y el protagonismo del Reglamento penitenciario sobre la propia Ley, avalan el necesario entendimiento de una relación jurídica de especial protección, de forma que construya un espacio que asegure el desarrollo de los derechos fundamentales de los privados de libertad, evitando, al mismo tiempo, que otros derechos puedan ser anulados, vaciados de contenido o postergados²⁸.

2.2. Vectores de adaptación de la relación de sujeción especial a la situación de internamiento del no-penado

En el mandato del art. 25.2 CE no hay rastro alguno que permita inferir que la restricción de derechos fundamentales individuales y colectivos deba extrapolarse al estatuto de quien no está cumpliendo condena sino que se encuentra encarcelado pero blindado por el derecho fundamental de presunción de inocencia y el ejercicio del derecho de defensa, que simbólicamente le unen al disfrute de los derechos constitucionales de “los ciudadanos comunes”²⁹.

Sin embargo, ha sido el concepto de la relación de sujeción especial que somete a todos los que se encuentran bajo la potestad penitenciaria el vector utilizado por el Tribunal Constitucional para inyectar, como una suerte de analogía desfavorable del art. 25.2 CE, el entramado reductivo de derechos fundamentales (el componente intimidatorio) en el estatus del preso preventivo, pues, al fin y al cabo, como diría

28 MARTÍN YÁÑEZ, M.: *La ejecución penitenciaria de los privados de libertad pendientes de juicio: consagración de un régimen de vida de inferior categoría*. Tesis doctoral. Universidad de Jaén, 2007.

29 En la semántica del Tribunal Constitucional, se distingue “los ciudadanos comunes” de los presos (entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 175/2000, de 26 de junio).

críticamente NISTAL BURÓN, en el encarcelamiento no se distinguen títulos, “se es recluso o no se es”³⁰. Obsérvese que la doctrina del Tribunal Constitucional, al hilo de la interpretación del art. 25.2 CE, no utiliza el término “condenado”, sino uno que engloba a todas las personas privadas de libertad, cualquiera que sea el fundamento jurídico que origina la relación penitenciaria: “interno”, “recluso”, con el objetivo último de afirmar la prioridad de la adaptación a la disciplina carcelaria y el deber que se impone al “interno” de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento.

Ahora bien, ello no significa, ni puede significar, proyectar sobre el preso preventivo la misma relación de sujeción especial que une al preso penado a la potestad penitenciaria, el mismo modelo de vida, porque la finalidad de la reclusión-custodia de uno y de otro es cualitativamente distinta³¹. Y, en virtud de ello, el régimen de vida será esencialmente determinado por su respuesta al título jurídico que lo origina.

Nos adentramos, por tanto, en la ejecución de una medida cautelar que genera una situación jurídica particular: el régimen penitenciario debe reflejar la relación jurídica que une al encarcelado preventivo con la Administración responsable de la ejecución de dicha medida que, por otra parte, es la misma que se encarga de la ejecución de la pena de prisión. Bajo esa dicotomía, la vinculación con la Administración penitenciaria debe cobrar una forma y contenido distintos para quien está sujeto a una situación procesal cualitativamente distinta³², que debe inspirar, no sólo el modelo de los centros de reclusión, sino el cómo de su sistema de vida en los mismos. Ambos aspectos deben ser resultado de un equilibrio

30 NISTAL BURÓN, J.: “Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva...”, cit., p. 1.

31 Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C.: *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 280.

32 MORENO CATENA, V.: *Derecho procesal penal*, 2ª Ed., Colex, Madrid, 1999, p. 879.

entre la finalidad de la medida cautelar, la exigencia de custodia de la persona afectada, y el disfrute del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En este contexto, cabe actuar con extremada cautela toda vez que las condiciones del internamiento, y los derechos involucrados en ellas, constituyen también, como los presupuestos de la prisión preventiva, garantías de la privación del derecho a la libertad, que dan contenido al derecho a la seguridad de la persona reclusa.

Porque decretar la medida cautelar de prisión preventiva es una decisión que implicará, a su vez, la observancia de “salvaguardas adicionales para los detenidos no enjuiciados” (Reglas Penitenciarias Europeas, punto 95.2 en relación con el punto 101), cautelas que, al fin y a la postre, se centran fundamentalmente en impedir identificar materialmente su internamiento con una condena anticipada (punto 95.1), y, por tanto, con el régimen de los penados. En definitiva, para las personas reclusas en espera de juicio, se subraya la exigencia de un “régimen especial” “en sus aspectos esenciales” y consecuente con la presunción de inocencia impresa en su perfil (Reglas Nelson Mandela 111 y siguientes), debiendo permanecer en “espacios separados de los reclusos penados” (Regla 112), preferentemente bajo el principio celular (Regla 113). Precisamente porque gozan de un estatuto determinado por el derecho a la presunción de inocencia “deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción”.

Dicho de otro modo: los postulados internacionales se dirigen a establecer condiciones menos afflictivas para esta modalidad de reclusos, traduciéndose la presunción de inocencia en garantía de la privación de libertad³³. La exigencia de materializar estas previsiones es el presupuesto de partida y el vector de adaptación específica del régimen penitenciario

33 El art. 520.1 *LECrIm* avanza la obligación de practicar la prisión provisional “en la forma que menos perjudique al (...) preso en su persona, reputación y patrimonio”.

a la situación de internamiento del no-penado, que conformará una proyección particular de la relación jurídica que le une a la institución penitenciaria, a la que cabe sumar una relación o posición de garante de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra. El objetivo es garantizar la mínima limitación de sus derechos y libertades fundamentales pese a encontrarse encerrado en un establecimiento penitenciario de forma coactiva.

Lo cierto es que la singularidad de la relación jurídico-penitenciaria, orientada principalmente al penado, estriba en un elemento que debe ser ajeno, sin embargo, al estatuto de un retenido-presunto inocente: la connotación intimidatoria, antesala de importantes restricciones de derechos y libertades fundamentales que avala el art. 25. 2 CE para los penados, está integrada en la función de la pena. En cambio, la prisión preventiva, como medida cautelar, carece de todo contenido sancionador o punitivo. Partiendo de la severidad del significado de la relación de sujeción especial para el penado recluido, obligado a adaptarse a la vida sin libertad, y de efectos inocuidadores³⁴, el argumento de la retención y custodia penitenciarias del preso preventivo no puede servir para extenderle ese mismo estatus denegatorio, pues constituiría un inaceptable fraude de etiquetas. Los reclusos no penados deberán estar sujetos a un régimen de vida sensiblemente menos gravoso que el de los condenados³⁵.

El reconocimiento del principio de presunción de inocencia, que se filtra en el ámbito penitenciario a través del instituto de la prisión preventiva (art. 5 LOPG), no es un mero enunciado programático, sino que, como derecho fundamental, “vincula a todos los Poderes Públicos” y, por ende,

34 MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “Tecnología de la irrealidad, cárceles de máxima seguridad, incomunicabilidad y sublimación autoritaria”, cit., pp. 1085 ss.

35 ROBERT, J.: *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 5. Ed., Montcherstien, París, 1993, p. 244.

a la institución penitenciaria, y es de “aplicación inmediata” (véase STC 31/1981, de 28 de julio), de modo que su repercusión debe materializarse en el estatuto jurídico del encausado, en el sistema de vida de su día a día de internamiento, pues es su eje dirimente y distintivo³⁶, la piedra angular de su presencia en el medio penitenciario (art. 5 LOPG).

En suma, el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha de penetrar también en la propia ejecución de la medida de prisión preventiva, inspirando la adecuación de las normas penitenciarias al mismo, y no al revés. Su relevancia debe cubrir los puntos esenciales del estatuto jurídico y procesal de la persona encausada-encarcelada: ejercicio del derecho a la defensa y reconocimiento de garantías por parte de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra el preso preventivo y de la autoridad penitenciaria encargada de su custodia (Reglas Penitenciarias Europeas, 2006); derecho a un régimen de vida separado y menos gravoso del aplicado a los presos penados –no basta ser destinados a establecimientos arquitectónicamente separados–; derecho a ser asistido desde su ingreso por personal técnico; derecho al acceso a medidas y recursos previstos para evitar la desocialización de los presos y mantener una comunicación fluida con familiares y su entorno social (Reglas Nelson Mandela –84.2–). En este sentido, las Reglas Penitenciarias Europeas impulsan la participación “en las diferentes actividades” previstas por las “reglas que se aplican a todos”, como el derecho al trabajo (punto 95.3). En ningún caso el nivel de prestaciones podrá ser inferior al que se contempla, con carácter general, para los penados.

El derecho a la seguridad que debe acompañar a la práctica de la privación de libertad (*ex art. 17.1 CE*) debe ser entendido, pues, como garantía de los derechos que deben

36 SSTC 98/2002, de 29 de abril; 8/2002, de 14 de enero; 29/2001, de 29 de enero.

asistir al estatuto del presunto inocente durante el internamiento. Por ello, estas premisas en torno a las condiciones del encarcelamiento de una persona encausada obligan a adoptar mecanismos de garantía tanto en la legislación penitenciaria, como a la hora de acordar judicialmente la medida de prisión preventiva, y supervisarla, porque, de no ser así, se quebrarían salvaguardias esenciales que conducirían a la violación del propio derecho fundamental a la libertad.

3. La vulneración del estatuto jurídico del preso preventivo en el medio penitenciario español

Los postulados internacionales que exigen diferenciar materialmente y separar arquitectónicamente el *régimen de los preventivos* comprometen a la Administración penitenciaria en cuanto garante de las tareas regimentales, de seguridad, y las relativas a las prestaciones asistenciales de los presos.

Sin embargo, como se ha avanzado, la realidad del sistema penitenciario español convierte en papel mojado toda expectativa conducente a establecer condiciones menos gravosas para el perfil de reclusos no-enjuiciados en todas las vertientes del medio penitenciario.

Cierto es que la Ley Orgánica General Penitenciaria menciona específicamente el “régimen de prisión preventiva” (art. 5), en un gesto de avance de su particularidad distintiva. El problema es que se reduce a ser un mero gesto. No se establece en su articulado, ni en el del Reglamento penitenciario, un sistema de vida “especial”, pues se asimila a los que rigen para los penados: el régimen ordinario (art. 96 RP). Transgrediendo sistemáticamente el principio de jerarquía normativa, sorprende las potestades que se han atribuido al Reglamento penitenciario. Es éste, y no la LOGP, el que determina lo que se entiende por Régimen Penitenciario: “*el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención*”

y custodia de los reclusos” (art. 73). Un concepto uniforme que se anuda a la consecución de las metas marcadas en la relación de sujeción especial de los presos a la Administración penitenciaria, pensada para los penados (art. 1 LOGP). Si recorremos el conjunto de la legislación penitenciaria, no encontramos lugar donde albergar las diferencias entre el régimen de los preventivos y el de los que cumplen condena firme, los elementos de distinción no existen.

Se someterán a la misma semántica intimidatoria de las normas disciplinarias, medios coercitivos y de control que impone la autoridad penitenciaria en el interior de los establecimientos penitenciarios, como si estuvieran cumpliendo condena todas las personas privadas de libertad³⁷ [art. 4.1.b) LOGP, art. 5.2.b) RP].

Ahora bien, los encausados presuntos inocentes no sólo se sujetarán al “régimen ordinario” como los demás. La prioridad de la adaptación del preso a la disciplina carcelaria, el recurso a los ejes de seguridad y orden como entes autónomos, abren la posibilidad de destinar a los no-penados al más perjudicial de los regímenes de vida, al régimen cerrado, e incluso, dentro de éste, a los todavía supervivientes departamentos especiales (art. 10 LOGP, arts. 89 ss. RP), a pesar del Informe del Comité contra la Tortura de la ONU de 19 de noviembre de 2002³⁸: el régimen de aislamiento podrá aplicarse al encarcelado presunto inocente porque presente

37 PAREJO ALFONSO, L./DROMI, R.: *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*. Marcial Pons, 2001, p. 47.

38 Al igual que ha ocurrido con el régimen anterior a 2015 respecto de la incomunicación de los presos preventivos, el Informe del Comité contra la Tortura de la ONU de 19 de noviembre de 2002 expresa su grave preocupación por “Las severas condiciones de reclusión de los presos” en el régimen de vida de los departamentos especiales, que ilegalmente se creó, en 1991, a través de Circulares, como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de marzo de 2009, y que hoy el Estado español se resiste a eliminarlo, a pesar de favorecer situaciones de degradación personal.

una inadaptación manifiesta al régimen ordinario, que, contrariamente a las expectativas internacionales, tampoco es el “régimen especial” o singular esperable para los preventivos. Es decir, la legislación penitenciaria los castiga, mientras que conculca, al tiempo, el requerimiento de especialidad y diferenciación de regímenes. En otras palabras, se les exige adaptarse a un modo de vida, de disciplina, control y vigilancia que no es el que corresponde a un estatus presidido por la presunción de inocencia, porque se les equipara al régimen y estatuto de los presos penados de modo contrario a lo establecido en las Reglas Nelson Mandela y las Reglas Penitenciarias europeas. De ahí que no sea difícil de imaginar, en la piel de un preso preventivo, una conducta conflictiva en los establecimientos penitenciarios³⁹.

En síntesis, lejos de establecer y garantizar un régimen diferente y en menor grado intimidatorio y reductivo en derechos de aquel que somete a los internos penados, el sistema penitenciario español (arts. 96-98 RP) viene a consolidar un modelo de internamiento denegatorio del estatus que acompaña a su situación procesal, y, por ende, un régimen de vida más aflictivo⁴⁰. Es una patente violación del art. 5 LOGP, un mandato frustrado porque parece encontrarse aún a la espera de cumplimiento y desarrollo.

Por otra parte, el propio Reglamento penitenciario, sin proveer un régimen de vida especial en el sentido señalado, sí extiende expresamente a la ejecución de la medida cautelar lo que ha denominado “modelos individualizados de intervención”. Como señala en el Preámbulo, con ello “se

39 En esta línea, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D.: “El abono de la prisión preventiva...”, cit., pp. 87 y ss.

40 Por ello, “con la prisión preventiva se produce una reacción de los poderes públicos frente al delito que, en términos aflictivos, resulta más severa que la pena de prisión”, RAGÜES I VALLÉS, R., “¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? ...”, cit., p. 126.

evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa solo tenga fines custodiales, al tiempo que se amplía la oferta de actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar en lo posible, las carencias detectadas”.

En realidad, se ha confundido a nivel reglamentario dos concepciones que discurren en planos distintos: el régimen especial y menos restrictivo en derechos que se ha de reconocer a la persona reclusa no penada –que no se reconoce–, de un lado, y la vertiente de los recursos asistenciales que se ha de dispensar a toda persona privada de libertad en una institución democrática que la custodia⁴¹ –que no se garantiza.

Cierto es, en palabras de Concepción Arenal, que “en la prisión preventiva no se trata de educar al recluso”⁴². Dado que su estatuto debe estar encabezado por el principio de presunción de inocencia, de invocación directa también en el plano penitenciario, no cabe asignar a estas otras herramientas una función “resocializadora” como si de la ejecución de la condena se tratara (art. 25.2 CE). Responden a otros objetivos: la necesidad de amortiguar o minimizar, en este escenario de retención y custodia del interno preventivo, los severos efectos psicosociales derivados de la situación misma de prisionalización, un estado de cosas que se acusa exponencialmente en quien ve su vida drásticamente paralizada con la medida cautelar, y que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, sigue simbólicamente ligado a la sociedad libre⁴³. En este sentido, una materia pendiente de

41 Cfr. RACIONERO CARMONA, F.: op. cit., p. 99.

42 Cfr. *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1877; LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, Grijley, Lima, 2016, p. 186.

43 Sobre el concepto de reeducación y reinserción social es interesante la posición de GONZÁLEZ COLLANTES, T.: *El modelo resocializador del art. 25.2 de la constitución. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 29 y 30.

respuesta (y de recepción de los criterios de la STC 155/2019, de 28 de noviembre) es la que hoy se reconoce con ocasión del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020, en relación con el derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo (art. 23.2 CE): “es exigible que la autoridad judicial realice, en este tipo de casos, un juicio de ponderación especialmente exigente, que tenga debidamente en cuenta la incidencia que la privación de libertad puede llegar a tener sobre el ejercicio efectivo del cargo. Esa particular exigencia ponderativa es llevada al texto de la ley” (Exposición de Motivos, véase art. 254.1).

Esta vertiente, pues, está relacionada con la previsión internacional del derecho del preso-no condenado al acceso a medidas y recursos que procurarían minimizar su desocialización, posibilitando mantener una comunicación fluida con familiares y su entorno social e impulsando la participación “en las diferentes actividades” previstas por las “reglas que se aplican a todos” (Reglas Nelson Mandela, punto 84.2; Reglas Penitenciarias Europeas, punto 95.3).

El Reglamento penitenciario establece la obligación de los profesionales de atender, tras su detección desde el mismo momento del ingreso en la cárcel, las carencias o necesidades que el preso preventivo presente, ya sean relacionadas con tóxicodependencias, en su caso, o vertientes sanitarias, educativas o formativas pendientes, o aquellas otras problemáticas surgidas con posterioridad y que pudieran derivarse del encarcelamiento.

Art. 20.1 RP. *“Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo*

dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención”.

Es una *intervención* de carácter amplio que se contempla como derecho subjetivo⁴⁴ bajo una denominación –“*modelos individualizados de intervención*”– que pretende distinguirse del concepto “tratamiento penitenciario” o “programa individualizado de tratamiento”, dirigido a los sometidos a régimen de cumplimiento de condena. Aunque no es sino una suerte de juego formal de etiquetas para los que, en realidad, se someten al mismo régimen de vida que los penados, como si lo fueran.

Con todo, en la gestión de esas herramientas asistenciales no se han aplicado tampoco salvaguardias adicionales, de modo que se constata, en la práctica, por razón de políticas penitenciarias precarias, una situación de agravio para el no-penado a la hora de acceder a esos recursos. Así, son menores las posibilidades de desempeñar un trabajo en el establecimiento penitenciario y acceder a los beneficios de la Seguridad Social (en contradicción con el punto 100 de las Reglas Penitenciarias Europeas, acusándose en las mujeres reclusas por ser aún más deficientes las oportunidades que les ofrecen), así como de mantener el necesario grado de comunicación con familiares y el entorno social más cercano para amortiguar el desarraigo. Serán también objeto de mayores limitaciones en lo que concierne a las salidas al exterior, incluso en la atención sanitaria externa, como veremos. A ello se añade la situación personal de incertidumbre por estar

44 Cfr. NISTAL BURÓN, J.: “Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva...”, cit., p. 15.

inmersos como encausados –y encarcelados– en un proceso penal en curso⁴⁵.

3.1 Relaciones del encarcelado preventivo con el exterior: las comunicaciones

En el marco de un régimen especial para los reclusos preventivos, las Reglas Penitenciarias Europeas no sólo garantizan la igualdad de condiciones con los penados en la vertiente de las comunicaciones y visitas –“contactos con el mundo exterior” (Regla 99)–, sino que posibilitan aquí un mayor grado de comunicación, o una mayor frecuencia, más allá de las comunicaciones y recursos encaminados a salvaguardar el derecho de defensa (Regla 98, apartados 1 y 2): “pueden recibir visitas suplementarias y acceder más fácilmente a otras formas de comunicación” (Regla 99, b).

Estas salvaguardias particulares contrastan con lo que constituye en España una práctica que no es anecdótica, pero sí especialmente aflictiva: la ubicación del preso preventivo en un centro penitenciario alejado de su domicilio, o diferente al de su ciudad o provincia, profundiza aún más su estado de desarraigo e incertidumbre, repercutiendo en el día a día de su encarcelamiento. Sin hablar de los traslados de que son objeto en contra de su voluntad, alegándose razones regimentales, de orden o de seguridad, o por simples criterios de oportunidad (art. 31 RP, en relación con el art. 79 LOGP).

En definitiva, sea por su primera ubicación, sea por motivos de traslado, los encarcelados preventivos pueden llegar a pasar buena parte del periodo de internamiento alejados de su entorno social y familiar. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios, condena la política penitenciaria de alejamiento que aplican algunos Estados miembros “ya que constituye un castigo añadido para

45 LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, cit., p. 285.

las familias de los reclusos” y para los reclusos mismos. La Resolución recuerda aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: recluir a una persona en una cárcel situada lejos de su familia, dificultando las visitas, hasta hacerlas incluso impracticables, “puede constituir una violación del artículo 8 del CEDH (el derecho al respeto de la vida privada y familiar)”.

Ahora bien, las Reglas Penitenciarias Europeas (punto 99) también abren la puerta a la potestad de la autoridad judicial, a cuya disposición se encuentre el interno preventivo, para decretar prohibiciones concretas de comunicación personal por un periodo determinado de tiempo, fundamentadas en una situación objetiva de riesgo de frustrar la finalidad del proceso penal, la que ha determinado la aplicación de la medida cautelar.

En el medio penitenciario, cabe diferenciar dos escenarios distintos que pueden conducir a la restricción del derecho del preso no-penado a comunicarse, incluso la que permite invadir el secreto de las comunicaciones verbales y escritas (Derecho fundamental prescrito en el art.18.3 CE).

De un lado, si el objetivo es salvaguardar la realización de la justicia como finalidad de la medida de prisión preventiva⁴⁶, la decisión de restringir el derecho a las comunicaciones debe ser adoptada por la autoridad judicial que controla el curso del proceso penal en el que el afectado se encuentra inmerso, aunque la limitación se ejecute en el medio penitenciario, y siempre que no se perjudique el ejercicio de su derecho de defensa (véase *infra* la prisión incomunicada).

El segundo escenario que habilita comprometer el derecho del preso a comunicarse (limitación, suspensión o intervención) discurre sobre un fundamento muy distinto: es de naturaleza regimental, y adoptada por órganos admi-

46 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 16.

nistrativos penitenciarios. Se integra en la semántica de la disciplina, seguridad y control carcelarios, traducida en un juego de conceptos jurídicos indeterminados que favorecen cuadros de arbitrariedad: “razones de seguridad, de interés del tratamiento y buen orden del establecimiento” (art. 51.1 LOGP, art. 41.2 RP). En estas hipótesis, la intromisión en el secreto de las comunicaciones, a pesar de su trascendencia como derecho fundamental, la decreta, no la autoridad judicial, como preceptúa el art. 18. 3 CE, sino una autoridad administrativa (el director del centro penitenciario)⁴⁷, que se limitará a dar cuenta de su actuación al Juez de Vigilancia penitenciaria, y en el caso de los preventivos, a la autoridad judicial correspondiente (art. 43.1 RP *in fine*, para las comunicaciones orales ordinarias; art. 46.5 a) RP, para las escritas).

Vulnerando también el principio de jerarquía normativa, se le confiere al Reglamento penitenciario una desmesurada potestad que parece hacer las veces de la Ley Orgánica que está encargado de desarrollar⁴⁸: como el procedimiento de intervención de las comunicaciones, es una manifestación más del abandono de las reglas democráticas en el sistema penitenciario. Una dinámica que coloca el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (la intimidad personal) al albur de la autoridad penitenciaria administrativa. Un estado de cosas que se agrava en el marco de las comunicaciones escritas y telefónicas entre internos de distintos centros o establecimientos penitenciarios (arts. 46.7 a, 47.6 RP)⁴⁹.

47 Conculcando abiertamente el mandato constitucional. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: op. cit., pp. 84 ss.; SEBASTIÁN CHENA, V.J.: “Las sentencias del Tribunal Constitucional en el ámbito penitenciario (segundo semestre de 1997)”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 2, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1997.

48 Es lo que ocurre también con el catálogo de infracciones disciplinarias aplicables a los presos, que no sólo no se ha integrado aún en la LOGP (precisamente por afectar a derechos fundamentales), sino que se sigue manteniendo vigente, a estos efectos, el Reglamento anterior (arts. 108-110 del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo de 1981).

49 Véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: op. cit., p. 168.

3.2. ¿Derecho a obtener permisos de salida penitenciarios?

El preso preventivo, en principio, podrá gozar del derecho a disfrutar de permisos de salida, y no sólo los extraordinarios o los de acceso a consultas médicas externas, que están indicados para situaciones muy puntuales de carácter humanitario y excepcional⁵⁰. El permiso de salida de naturaleza ordinaria ofrece un rumbo distinto: es un derecho subjetivo que encarna una corta excarcelación temporal (máximo 7 días) encaminada a contrarrestar la desocialización de los presos, favoreciendo el vínculo y acercamiento con su entorno familiar o social, o medio al que probablemente retornará.

Ni la Ley Orgánica General Penitenciaria, ni menos el Reglamento penitenciario, excluyen al preso preventivo de dicha posibilidad. Y, sin embargo, la regulación del permiso de salida *ordinario* no está libre aquí de controversia en la medida en que no puede discurrir alrededor de un régimen de vida materialmente específico que no se ha arbitrado, con carácter previo, para la ejecución de la prisión preventiva.

En efecto, este derecho subjetivo está pensado, primordialmente, para los penados clasificados en segundo grado (régimen ordinario) y tercer grado (régimen abierto) de tratamiento penitenciario, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no presenten sanciones disciplinarias por cumplir (art. 47.2 LOGP, art. 154.1 RP⁵¹). Son, pues, exigencias de imposible cumplimiento para los reclusos no-penados. No obstante, sin mayor precisión, se reconoce el permiso de salida ordinario a los “internos preventivos” (art. 48 LOGP, art. 159 RP), limitándose a someter su “aprobación,

50 El art. 47.1 LOGP señala que, “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales”. Véase, art. 155, apdos. 1 a 3 RP.

51 Son los mismos requisitos aplicables a las salidas programadas en el marco del tratamiento penitenciario (art. 114.3 RP).

en cada caso” (como también para el disfrute de permisos extraordinarios) a la autoridad judicial correspondiente, que, entendemos, también deberá disponer de un informe preceptivo del Equipo técnico del centro penitenciario sobre la situación personal del interno preventivo solicitante del permiso.

No se concreta nada. Ni siquiera el procedimiento de valoración de concesión del permiso de salida en estas hipótesis, como si con ello se quisiera mostrar una figura incómoda para el ordenamiento penitenciario. Tampoco se precisa qué autoridad judicial debe ser la competente para aprobar el permiso (art. 48 LOGP, art. 159 RP)⁵². Al hilo de esta expectativa expresamente reconocida para los reclusos preventivos, cabe preguntarse si esa función corresponde a la autoridad judicial que decretó su ingreso en prisión o debe atribuirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria como órgano jurisdiccional responsable del control de legalidad de la actuación de la Administración penitenciaria.

En realidad, optar por una u otra jurisdicción dependerá de si la salida al exterior puede afectar a la finalidad a la que obedece la medida de prisión preventiva concretamente decretada, esto es, la de contrarrestar los riesgos que motivaron el encarcelamiento. Si es así, la autoridad judicial competente será aquella a cuya disposición está sujeto el recluso encausado. Es la que conoce el estado de cosas del proceso penal en curso y, con ello, los riesgos que podría provocar una corta excarcelación, detentando, además, la facultad de establecer cautelas o reglas de conducta a observar durante el disfrute del permiso. Esta función no empece la propia tutela de los derechos del encarcelado por parte del Juzgado de vigilancia penitenciaria.

52 Cfr. NISTAL BURÓN, J.: “El régimen Penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 33, 1995, p. 155.

Lo cierto es que, *de facto*, y por lo general, el preso preventivo queda excluido del disfrute de permisos de salida ordinarios. Su estatus procesal, y su internamiento “provisional” (aunque se prolongue en el tiempo), son los factores que se alegan para anticipar su denegación.

A este estado de cosas denegatorio cabe sumar un agravio comparativo respecto a la concesión de permisos extraordinarios “por razones sanitarias”, es decir, aquellas posibilidades de salida que se prevén, previo informe médico, bien para consulta ambulatoria externa (con una duración de hasta 12 horas) o para el ingreso en un hospital (de hasta dos días de duración), con las medidas de cautela adecuadas en su caso (art. 155. 4 RP). El preso preventivo necesitará, además, aprobación o comunicación de dicha salida, según los casos, de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre (art. 159 RP). Ahora bien, las posibilidades de una asistencia sanitaria normalizada fuera del establecimiento penitenciario son mayores en los penados clasificados en segundo grado, es decir, sometidos al régimen ordinario, que en la población preventiva, al arbitrar la normativa penitenciaria para aquéllos un marco más flexible (art. 155. 5 RP).

3.3. Otras privaciones de derechos de los encausados-encarcelados: la prisión incomunicada

Entre todas las disposiciones que pueden afectar de forma más intensa a la vida de los reclusos preventivos, sobre todo en el momento más frágil, en la fase de ingreso en prisión, destaca rotundamente la incomunicación. Esta otra medida procesal excepcional dentro de la excepcionalidad de la prisión preventiva, decretada en forma de Auto por el Juez o Tribunal que instruye o conoce de la causa, añade, desde el inicio, restricciones sustanciales al régimen penitenciario que sufrirá el preso preventivo.

La denominada “prisión incomunicada” se antoja como modalidad agravada de prisión preventiva “en la que

se restringen provisionalmente los derechos del preso preventivo a comunicarse con terceras personas para tratar de asegurar el éxito del proceso”⁵³. Al estatus de encarcelado-presunto inocente se encadena el de incomunicado, que intensifica la percepción del internamiento en la medida en que sus efectos se extienden a otros derechos fundamentales, no sólo al derecho a un proceso justo (art. 24.2 CE), sino particularmente al derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) porque agrega un estado de “vulnerabilidad” ante prácticas de tortura y malos tratos⁵⁴.

Garantizar la protección del incomunicado frente a tales prácticas (incluido el cuestionamiento de esta figura) ha sido uno de los aspectos más frágiles del régimen que prevé la prisión incomunicada. Hasta 2015, España se había resistido, tenaz, al albur de normas represivas de respuesta al terrorismo, a introducir reformas democráticas que hicieran compatible esta medida adicional con las principales normas internacionales de tutela de los derechos humanos⁵⁵. Así, se ha violado sistemáticamente el derecho del preso a dar noticia a sus familiares o allegados del momento de su ingreso en prisión y lugar de custodia, además de favorecer, por el prolongado plazo de incomunicación, y la ausencia de cautelas, “eventuales malos tratos y torturas” [situación denunciada de modo reiterado en Informes de distintos Organismos: Human Rights Watch “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España”, 2005; Comité contra la Tortura, de 9 de septiembre de 2009, CAT/C/ESP/C0/5; Amnistía Internacional “Spain: Out of the shadows –time to end incomunicado detention”, 15 septiembre de 2009; Comité para la

53 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia, de 23 de enero de 2015, p. 47.

54 JUAN SÁNCHEZ, R.: “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, *InDret* 4/2017, p. 8.

55 JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., pp. 4, 21.

Prevencción de la Tortura de 30 de abril de 2013, CPT/Inf, 2013, 8; Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 9 de octubre de 2013 –CommDH, 2013, 18–; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2015; véanse, entre otras, sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra España por violación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el contexto de la incomunicación, de 7 de octubre de 2014 (Asunto Extebarria Caballero vs. España), de 5 de mayo de 2015 (Asunto Arratibel Garciandia vs. España)]⁵⁶.

Con todo, el problema no acaba en el perímetro de la regulación hasta entonces vigente. El gesto del Tribunal Constitucional es aún más significativo, por desolador, porque provoca una cuestión de fondo: ha validado la constitucionalidad de un régimen de incomunicación que permitía las detenciones secretas –SSTC 7/2004, de 9 de febrero; 918/2004, de 16 de junio, 510/2005, de 22 de abril; 800/2006, de 13 de junio–. Un argumento que ha utilizado en su descargo el Gobierno español frente a los informes de organismos internacionales que se oponían sin ambages a esa legislación⁵⁷.

Hay que esperar a última hora, en 2015, cuando surge la obligación de transponer la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. El régimen de la medida de incomunicación se reforma por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el

56 Véase el análisis de JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., p. 8.

57 Cfr. JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., p. 7.

fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El objetivo de la medida de prisión incomunicada es impedir el contacto del afectado por ella con el exterior, privación que se justifica por cualquiera de estos dos motivos relacionados con la actuación de la justicia en el proceso penal abierto contra el encausado objeto también de la prisión preventiva: “necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”, así, porque pueda interferir en las diligencias que se acuerden en la averiguación de los hechos indiciarios de delito, o “necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona” (art. 509.1 LECrim., tras la reforma de 2015).

En el medio penitenciario, esta herramienta gravemente restrictiva de derechos fundamentales, que tiene lugar en una de las fases más difíciles de la vida en prisión del encausado-presunto inocente, no se encuentra contemplada en la Ley Orgánica General Penitenciaria sino exclusivamente a nivel reglamentario: el art. 19 RP, que no es concordante con ningún precepto de la LOGP, apuntala la violación del principio de jerarquía normativa.

Bajo la semántica reglamentaria, al preso-presunto inocente, y ahora también incomunicado, una vez realizados los trámites de identificación, inscripción, apertura del correspondiente expediente, cacheo con desnudo integral y registro de sus pertenencias, le será asignada una celda individual en el departamento que determine el director del establecimiento. A partir de la reforma de 2015, se restablece el derecho a comunicar el ingreso en prisión y el lugar de custodia, básico para garantizar la cadena de custodia y proscribir las detenciones secretas propias de regímenes dictatoriales. Es el derecho, que se reconoce a todos los reclusos (art. 52.3

LOGP, art. 41.3 RP), a comunicar inmediatamente a su familia, o persona que elija, su entrada en el centro penitenciario.

En efecto, consciente de la problemática advertida por los organismos internacionales, el nuevo art. 527.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elimina toda limitación del “Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país” (previsto en el art. 520.2.e). Es una garantía de la prohibición de la práctica de detenciones secretas [arts. 17.1, 17.2 d) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Nueva York, 20 de diciembre de 2006, ratificada por España el 9 de febrero de 2011], y que consagra el art. 212.1 b) Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020.

En otra vertiente se sitúa, pues, la privación de comunicarse con terceros –“con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense” (art. 527.1 b) LECrim)–. Se le podrá impedir la comunicación telefónica (art. 520.2.f) y el uso de la correspondencia (art. 524) con personas que serán señaladas en la resolución de la autoridad judicial competente. El auto que acuerde la incomunicación deberá motivar de forma separada, de una parte, la concurrencia de los presupuestos que permitirían, en el caso concreto, la práctica de la incomunicación, y por otra, la concreción de los derechos que se limitan y sus razones⁵⁸.

En un estado de internamiento incomunicado, la persona afectada sólo tendrá contacto con los funcionarios de prisiones asignados y con el médico por el que será reconocido con una frecuencia de al menos en dos ocasiones cada

58 Op. cit., p. 23.

veinticuatro horas (art. 527. 3 LECrim., que no ha sido actualizado por el art. 19.1 RP)⁵⁹. Un aislamiento dentro del propio de la prisión, que se acentúa especialmente en la fase del ingreso de un no-penado, aun cuando se le faculte el uso de libros, televisión, radio, prensa escrita o la recepción de correspondencia, siempre que se recabe para ello la autorización del Juez de Instrucción (art. 510, apdos. 2 y 3 LECrim, art. 19.2 RP).

Sería aún osado afirmar que la reforma de 2015 abre una práctica de la incomunicación menos invasiva si no se establecen, al unísono, otros filtros de salvaguardia más allá de los reconocimientos médicos. Porque esta situación se sigue manteniendo por periodos de difícil justificación⁶⁰, un máximo de 5 días, prorrogable otros cinco en causas relacionadas con la criminalidad organizada (art. 509. 2 LECrim.⁶¹), que siguen sin eliminar la objeción de constituir “en sí misma” un trato cruel, inhumano o degradante⁶². Sin hablar del cuestionamiento del ejercicio del derecho de defensa del encarcelado presunto inocente e incomunicado (art. 520 bis 2), o de la asistencia letrada durante el período de incomunicación⁶³.

59 Asimismo, “El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos” (art. 510. 4 LECrim). Posibilidad no contemplada específicamente en el art. 19.1 RP.

60 PORTILLA CONTRERAS, G.: *El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*. Iustel, 2012, p. 139; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “Detención incomunicada y contenidos de los artículos 577 y 578 del Código penal. Análisis y propuestas”, *Revista de Pensamiento e Historia*, n. 47, 2014, pp. 20 ss.

61 Plazo máximo de prórroga que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020, reduce a tres días “cuando se trate de personas investigadas por su relación con organizaciones terroristas y delitos de terrorismo” (art. 214).

62 JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., p. 11.

63 PORTILLA CONTRERAS, G.: *El derecho penal de la libertad ...*, cit., pp. 139, 140, recuerda que la infracción tanto de los plazos como garantías relativas a la incomunicación será constitutiva de delito en su modalidad dolosa e imprudente (arts. 531 y 532 Código Penal, respectivamente). Cfr. JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., p. 16.

Porque el broche de oro del aislamiento se instituye restringiendo gravemente las garantías generales que asisten a los detenidos (art. 520). Bajo la recurrente y amplia fórmula “si así lo justifican las circunstancias del caso”⁶⁴, el art. 527.1 LE-Crim. permite privar al encarcelado-encausado-incomunicado del ejercicio de facultades esenciales relacionadas con el derecho de defensa: designar abogado de su confianza (a), entrevistarse reservadamente con su abogado (c), o el acceso a las actuaciones procesales, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la privación de libertad (d).

El respeto del derecho de defensa está aún pendiente de garantizar, como pone de relieve la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020, que incorpora otra “garantía del artículo 17.1 CE” derivada de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos. En efecto, “Si el fiscal le deniega dicho acceso, el juez deberá acordar la libertad de la persona encausada, imponiéndole, en su caso, las cautelas que estime precisas. Se garantiza, de este modo, la plenitud del derecho de defensa y se asegura que el régimen jurídico de intervención defensiva se ajuste totalmente a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la salvaguarda de la imprescindible contradicción en el control judicial de la privación cautelar de libertad (artículo 5.3 CEDH)”.

En otras palabras, hoy, bajo la “lógica de la sospecha” no fundamentada sobre el abogado del incomunicado, se suspenden las facultades que le son propias: “entrevistarse en privado con el detenido, asistir e intervenir en el interrogatorio policial y participar en las ruedas de reconocimiento, los careos y la reconstrucción de los hechos”⁶⁵.

64 Véase la STC 7/2004, de 9 de febrero. Sobre esta materia, MUÑAGO-RRI LAGUÍA, I.: “Privación de libertad y derechos fundamentales”, En *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*. Icaria, Barcelona, 2008, pp. 104 ss.

65 JUAN SÁNCHEZ, R.: op. cit., p. 14.

4. Repercusiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre 2020

Como se ha observado, la cadena de presupuestos a que aluden las reglas internacionales sobre el tratamiento del encarcelado presunto inocente ha de traducirse en la introducción de cautelas adicionales en la legislación penitenciaria, de tal manera que permitan materializar en la práctica un régimen separado y particular –el “régimen de preventivos”– que el art. 5 LOGP proclama.

Hoy por hoy es una cuestión esencial pendiente de efectivo cumplimiento en España. La realidad muestra una raquítica dinámica de la Administración penitenciaria que pone de manifiesto, nuevamente, cómo el día a día de estos reclusos, lejos de rebajar el lenguaje intimidatorio enfocado a los penados, se verbaliza en un cúmulo de perjuicios que contradice de lleno el eje de contención encarnado por el derecho a la presunción de inocencia que esculpe y corona su estatuto jurídico.

Ante esta situación conocida, cuesta pensar en el abandono del Tribunal Constitucional en torno a lo que es también una garantía material a la hora de privar del derecho a la libertad de los presuntos inocentes (art. 17 CE). En este sentido, no ha establecido, en un espacio carcelario orientado al penado, salvaguardas adicionales que aseguren, a la hora de decretar la prisión preventiva, la aplicación de un régimen penitenciario singular acorde con la finalidad de la medida cautelar, que alcance a todas las vertientes del estatuto jurídico del encausado, más allá, por tanto, de la separación arquitectónica respecto de los penados. Antes bien, se puede afirmar que la situación de agravio de condiciones ha llegado a contar con la complicidad de una doctrina constitucional que ha recurrido a la ficción de una categoría de derechos de “aplicación progresiva” (entre otras, STC 172/1989, de 19 de octubre) como si fueran diferibles en el tiempo para una

población tan vulnerable como la privada de libertad⁶⁶. Un elemento intimidatorio más a añadir, que revierte contra el encarcelado preventivo. ¿Se ha detenido la justicia a las puertas de las prisiones?⁶⁷.

Que el estatus del preso preventivo se encuentra seriamente devaluado a los ojos de la legislación penitenciaria vigente, y la esfera de sus derechos sometida a una intervención máxima⁶⁸, lo ponen de relieve las propuestas del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre 2020.

Ilustrativas son, en este preciso terreno, las novedades que introduce el mencionado Anteproyecto, en la medida en que consagran el actual incumplimiento efectivo y abandono de las condiciones particulares del internamiento de los presos preventivos. La atención se enfoca expresamente en el reconocimiento de un estatuto de personas encausadas especialmente vulnerables por razón de discapacidad, avanzada edad, gestación o enfermedad.

El prelegislador de 2020 prevé una suerte de régimen particular de vida menos afflictivo en situaciones personales que califica de “Supuestos especiales”: “mujeres embarazadas o en período de lactancia”, “personas gravemente enfermas” o aquellas que necesiten someterse a un “tratamiento curativo o de rehabilitación en el ámbito de una entidad legalmente reconocida para ello” (art. 256.1). En el caso en que

66 En este sentido, RACIONERO CARMONA, F.: op. cit., p. 101.

67 Sobre la voluntad de neutralizar esta idea, véanse SSTC 2/1987, de 21 de enero; 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio; 143/1995, de 3 de octubre; 127/1996, de 9 de junio; 192/1996, de 26 de noviembre; 39/1997, de 27 de febrero; 83/1997, de 22 de abril; 175/2000, de 26 de junio; 116/2002, de 20 de mayo, etc.; véase, STEDH de 28 de junio de 1984, Asunto Campell y Fell vs. Reino Unido.

68 Ampliamente RIVERA BEIRAS, I.: *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.

no se pueda aplicar a este perfil de personas encausadas la denominada “prisión atenuada” por razones humanitarias, y resulte ineludible, en las circunstancias dadas, el ingreso en un centro penitenciario, “el juez o tribunal cuidará que el régimen de la prisión provisional no afecte al estado físico o psíquico del preso preventivo” (art. 256.2). En tales hipótesis, reproduciendo la regulación del Anteproyecto anterior, de 22 de julio de 2011, se “permite la adaptación del régimen ordinario de prisión preventiva” bajo “condiciones menos gravosas” (Exposición de Motivos).

Y, desde el mismo prisma limitado, siguiendo la iniciativa del Tribunal Constitucional (STC 217/2015, de 22 de octubre), sólo se propone una vía particular asistencial en las hipótesis de encausados con discapacidad: “una modalidad específica de internamiento cautelar que asegura la provisión de la atención médica y especializada necesaria” (art. 76 Anteproyecto de 2020).

Con todo, es imprescindible dar un paso más: responder a la vulnerabilidad que imprime *per se* la prisión preventiva, de repercusiones adversas “relacionadas con el arraigo y la situación personal y familiar de la persona presa”, como se señala en la Exposición de Motivos. Téngase en cuenta que el art. 252.1 del Anteproyecto de 2020 contiene una cláusula de remisión al “Régimen de la prisión provisional” que sigue siendo un espectro “con arreglo a las prescripciones de la normativa penitenciaria”.

IV. El perímetro penitenciario silenciado: la situación de las mujeres presas preventivas

Como se ha señalado, la legislación penitenciaria española se ha despreocupado de hacer cumplir los parámetros internacionales respecto de las condiciones de privación de libertad de las personas encausadas, una situación que deviene aún más patente e insostenible, si cabe, en el encarcamiento de las mujeres.

Las mujeres encarceladas, que presentan el perfil delictivo que identifica a la mayoría la población penitenciaria española (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y los relacionados con el tráfico de drogas ilegales), aunque generalmente de menor entidad⁶⁹, han ocupado en el medio penitenciario una posición relegada, determinada por su cuantificable menor presencia. Así, a enero de 2020, de una población penada total de 47.698, la de mujeres presas alcanza 3607 (un porcentaje del 7,5%), siendo 652 las encarceladas preventivas⁷⁰.

Paradójicamente, en contraste con esa proporción, el porcentaje de la población reclusa preventiva es más elevado en las mujeres⁷¹. España sigue siendo uno de los países europeos con mayor tasa de acumulación de mujeres encarceladas (ha batido el record de encarcelamiento femenino en Europa Occidental).

Este baile de números menores y porcentajes de baja *ratio*, incluso de prejuicios condicionados por el género⁷², ha

69 *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*. Secretaría General de Instituciones penitenciarias. Ed. Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, 2009, p. 9.

70 A fines de diciembre de 2020, las prisiones acumulan a 47.373 internos. El porcentaje de mujeres presas mantiene similar (7,4 %) –“3.514”. https://www.institucionpenitenciaria.es/es/gabinete-de-prensa/notas-de-prensa?p_p_id=genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idArticle=0&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_idPagination=0&genericseeker_INSTANCE_uXD5z5Xpq9lu_page=%2Fnew.jsp

71 https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/fondo-documental/estadistica-penitenciaria?p_p_id=statistics_INSTANCE_AX-IEs6uouEHr&p_p_state=normal&p_p_mode=view&statistics_INSTANCE_AXIEs6uouEHr_javax.portlet.action=searchActionMonthly&p_auth=zjWBX11s&p_p_lifecycle=0 (visitada el 25 de diciembre).

72 Esa menor representación de la criminalidad es atribuida a la condición de género que ha actuado aquí como un escudo protector. Cfr. *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*. Secretaría General de Instituciones penitenciarias, 2009,

reducido al colectivo de mujeres presas a una categoría inferior, una suerte de “grupo minoritario” no invisible sino silenciado y sacrificado, obligado a adaptarse a las medidas que anticipan su tratamiento discriminatorio.

Ellas reciben, de hecho, una mirada estandarizada plegada al pequeño porcentaje que representan, pero cualitativa y drásticamente menor en recursos y medios por parte de la Administración penitenciaria⁷³. Lejos del compromiso de acomodar las condiciones de internamiento a particulares necesidades y problemáticas desde una perspectiva de género⁷⁴, como prevén las Reglas Penitenciarias Europeas (punto 34), la atención hacia la mujer presa se ha traducido en una

p. 9. Cfr. YAGÜE OLMOS, C.: “Panorama actual de la situación de las mujeres y madres en los centros penitenciarios españoles”, En (F.T. Añaños, Coord.), *Las Mujeres en las prisiones. La educación social en contextos de riesgo y conflicto*. Gedisa, Barcelona, 2010, pp. 183 ss.; ALMEDA SAMARANCH, E.: “Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España”, *Papers, Revista de Sociología*, 2, 2017, pp. 151 ss.; MAQUEDA ABREU, M^a. L.: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Dykinson Madrid, 2014; STENGLEIN, G.: “Revisión crítico-comparada de las principales teorías científico sociales sobre la delincuencia femenina”, *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, 5, 2013, pp. 27 ss.; HERRERA MORENO, M.: “Discursos criminológicos sobre la mujer infractora y su prisionalización”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 251 ss.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.: “Delincuencia femenina: nuevas perspectivas para su estudio”, *Cuadernos de Política Criminal*, 90, 2006, pp. 159 ss.

73 DE LA CRUZ MÁRQUEZ, M.A.: “Mujeres y prisión”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 213 ss.; JUANATEY DORADO, C.: “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20, 2018, p. 4.

74 CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género”, *Revista General de Derecho Penal*, 2006; SANZ GARCÍA, F.: “Mujeres en Prisión”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 228; AGUADO CORREA, T.: “Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 333 ss.

dinámica discriminatoria con vocación de permanencia. Dicho de otra manera, se ha apuntalado una insostenible grieta que pretende escudarse tras secuencias de números estadísticos y lenguajes de costes, menor “clientela” y gestión “eficaz” de las instalaciones: se doblega el esencial y superior respeto de los derechos de las mujeres presas en el medio penitenciario a razones presupuestarias, un argumento injustificable como nos recuerda también el punto 4 de las Reglas Penitenciarias Europeas. Porque no se puede aceptar que un sistema penitenciario de un Estado social y democrático de Derecho sustraiga a las mujeres presas, precisamente en virtud de su menor inmersión en el campo delictivo, garantías relativas al lugar de reclusión, al arraigo familiar y social, al internamiento adaptado a sus necesidades específicas, e iguales “oportunidades materiales de cumplir las fases finales de sus condenas en régimen de semilibertad, al carecer de dependencias adecuadas cercanas a su residencia habitual”⁷⁵. El denominado *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario* (Secretaría General de Instituciones penitenciarias, 2009) tampoco establece medidas o alternativas enfocadas a solucionar problemas específicos de las mujeres presas-no penadas en los Establecimientos Penitenciarios.

La propia Secretaría General de Instituciones penitenciarias reconoce, en efecto, las dificultades para establecer a las mujeres presas un nivel de condiciones similar al que rige para los hombres, la inmensa mayoría reclusa. Dada la escasez de recursos arquitectónicos (entre otras precariedades), ellas son objeto fácil de dispersión geográfica y, por ende, se las condena a soportar una mayor distancia respecto de sus familias y del entorno de arraigo⁷⁶, un estado de cosas

75 Cfr. *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*. Secretaría General de Instituciones penitenciarias, 2009, p. 9.

76 Op. cit., p. 9.

diametralmente contrario a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, en adelante, punto 26)⁷⁷; a ello se suman “peores condiciones de alojamiento, ocupando siempre los espacios más precarios y peor dotados de las prisiones”⁷⁸.

En España solo existen cuatro centros penitenciarios dedicados mayoritariamente a albergar mujeres, siendo, en su mayor parte, viejas estructuras funcionales recicladas: el centro de Alcalá de Guadaíra, en Sevilla, era un antiguo pabellón militar; el de Brieva, en Ávila, una construcción de 1989; Madrid I, Alcalá Meco, data de los idearios de 1978, y Wad-Ras, en Barcelona, en funcionamiento desde 1915, cuyo recinto se construyó para alojar un centro de menores hasta 1983.

La gran mayoría de las mujeres se distribuye en departamentos integrados en cárceles de hombres. Son centros penitenciarios concebidos, en principio, como estructuras que facilitan la distribución y separación de las personas encarceladas, pretendiendo responder a todas las posibilidades que ofrece la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 7 a 11), y al eje inspirador del principio de igualdad: módulos idénticos para hombres y mujeres y la aplicación de las mismas oportunidades laborales, formativas y de ocio para las mujeres.

77 Resolución de la Asamblea General de 16 de marzo de 2011 (A/RES/65/229). Vid., al respecto, el análisis de CERESO DOMÍNGUEZ, A.I.: “La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española”, En (M^a Acale Sánchez/R. Gómez López), *Derecho penal, género y Nacionalidad*, Comares, Granada, 2015, pp. 25 ss.; y el Informe de Amnistía Internacional sobre “Las reglas de Bangkok: perspectiva de género en el tratamiento de personas privadas de libertad”, 20 de octubre, 2017. <https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/10/3860/reglas-de-bangkok-perspectiva-de-genero-en-tratamiento-de-privadas-de-libertad>.

78 Cfr. *Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario*, 2009, p. 9.

Sin embargo, este modelo, bloqueado por las sobrevenidas políticas de acumulación de presos, especialmente a partir de la lamentable visión populista del cumplimiento íntegro de las penas de prisión (LO 7/2003), ha diferido su respuesta respecto a las mujeres encarceladas, tanto las penadas como, particularmente, las que detentan el derecho a la presunción de inocencia.

Y es que el simbólico olvido de la prohibición de trato discriminatorio por razón de género en el artículo 3.1 LOGP es un vacío que hace acto de presencia. Basta una mirada detenida a la legislación en vigor para revelar la importancia y atención que se le dispensa a la mujer en la institución penitenciaria: apenas contiene referencias a las mujeres presas. De los 80 artículos que componen la LOGP, solo se cita a la mujer en 6 (arts. 8, 9, 16, 29, 38 y 43), mientras que el Reglamento que la desarrolla a lo largo de sus 325 artículos lo hace en siete ocasiones (arts. 88, 99, 133, 168, 209, 213 y 254). Y cuando la mencionan lo hacen, principalmente, en su papel de madre o gestante, que resuelven a costa de su traslado a los escasos centros que cuentan con módulos de madres y el consiguiente desarraigo de la mujer-madre respecto de su entorno familiar y social⁷⁹.

Una situación digna de denuncia, en la que la mujer no aparece, como tal, en toda su magnitud y complejidad⁸⁰, sino como números molestos en un medio penitenciario marcadamente masculino, y que acusan con creces, singularmente, las mujeres afectadas por la medida de prisión preventiva.

La Ley Orgánica General Penitenciaria se acuerda de estas últimas anticipándoles unas condiciones gravemente

79 En realidad, se traslada una idea generalizada en la sociedad sobre el papel de la mujer en la familia como madre, esposa y cuidadora (sacrificada). Ampliamente, IGAREDA GONZALEZ, N.: "Mujeres en prisión", En, (A.I. Cerezo Domínguez/E.García España, Coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007, pp. 75 y ss.

80 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: Op. cit., pp. 87 y ss.

devaluadas: los establecimientos de presas preventivas, como tales, brillan por su ausencia, pues sólo existen en el imaginario normativo. Y, en tal caso, “ocuparán” en los establecimientos de hombres “departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propio” (art. 8.3 LOGP), sometiéndolas a un ideario diseñado para hombres⁸¹.

Cierto es, pues, que las reclusas preventivas se van a hallar mayoritariamente ingresadas en centros de hombres distribuidos por todo el territorio nacional, y, pese a las expectativas generadas alrededor de los Centro-Tipo como establecimientos polivalentes, la realidad las sigue dejando en la sombra: en el perímetro penitenciario reservado a las mujeres, los criterios y prescripciones de separación interior previstos en los arts. 16 LOGP y 99 RP, y en concreto los que atienden a la situación procesal, se convierten en papel mojado⁸², de tal modo que su destino estará marcado por la convivencia obligatoria en departamentos de mujeres que aglutinan a todas, con independencia de su situación procesal, edad, tipo delictivo, etc. Una dinámica que las condena, sin alternativa, a un permanente estado de tensión hacinada en módulos a los que se ven reducidas, y a un consiguiente bucle de sanciones que las conducirá, muy probablemente, a sufrir el régimen cerrado (aislamiento), o, como opción, el traslado a otro centro penitenciario. A ello cabe añadir un notable estado de inactividad por la precariedad de talleres y trabajos⁸³. ¿Tal vez se ha unido a la gestión austera de la cárcel un prejuicio de género “sacrificado” para justificar mantener a todas las mujeres juntas aun con sus particulares problemáticas?

81 ARIZA, L.J./ITURRALDE, M.: “Mujer, Crimen y Castigo Penitenciario”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas públicas en materias penales*, n. 24, 2017, p. 737.

82 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: Op. cit., p. 96.

83 Véase el documental de Cecilia MONTAGUT “*Cárceles Bolleras*”, 2017 <https://carcelesbolleras.wixsite.com/carcelesbolleras>.

Así pues, respecto de las presas preventivas, no se ha establecido cautela alguna que garantice el derecho a la seguridad de sus derechos en el medio penitenciario, un presupuesto que debe acompañar necesariamente a la privación de libertad de una persona-no penada-presunta inocente (Reglas de Bangkok, punto 56).

Esta dinámica discriminatoria y transgresora de otros derechos ha sido recientemente (2020) denunciada en el Informe sobre la situación de las mujeres presas elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía⁸⁴, siendo patente la vulneración de las premisas internacionales relativas a las presas preventivas, que acentúa (aún más) su desamparo. Al ser computadas como meros números residuales estadísticos dentro del colectivo minoritario de las mujeres en el terreno penitenciario, no se arbitran espacios adecuados y habilitados para albergar a las afectadas por la medida de prisión preventiva, pues se funden con las demás presas; si los hubiere, éstos no superan la noción de lugares *ad hoc* de confinamiento, pequeños y precariamente dotados.

En suma, sea cual fuere la alternativa, el internamiento para mujeres presas preventivas está gravemente condicionado y devaluado desde todas las perspectivas, tanto las concernientes al régimen de vida (que se asimilará al resto de las penadas), como las relacionadas con las posibilidades de amortiguar su desocialización y desarraigo personal mediante programas (inexistentes) de intervención específicos dirigidos a sus necesidades y problemas.

El principio de presunción de inocencia es, pues, para la mujer presa, un mero adorno: la prisión preventiva de mujeres se convierte absolutamente en una condena anticipada.

84 Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. APDHA, Área de cárceles, Marzo de 2020, pp. 27 y 28.

V. ¿Alternativas a la prisión preventiva?

Siendo ésta la realidad de la prisión preventiva vivida en el medio penitenciario español, no cabe duda de la imperiosa necesidad de ofrecer alternativas al encarcelamiento de un presunto inocente, de configurar un espacio-no-carcelario que permita conjugar la finalidad de garantizar los fines del proceso penal sin mermar el ejercicio del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, hay otras vías para eludir los serios atropellos a la integridad personal que acompañan a esta herramienta cautelar privativa de libertad: retirada de pasaporte, presentación ante la autoridad judicial en la frecuencia establecida, la prestación de fianza, etc., y otras, como la orden de alejamiento o similares, dirigidas a neutralizar situaciones de amenaza a los bienes jurídicos de la presunta víctima.

En la era de la sociedad digital, no cabe descartar las tecnologías de control de movimientos o geolocalización personal (así, las pulseras electrónicas), de modo que no es descabellado articular, bajo la supervisión de garantías respecto del presunto inocente, opciones plausibles diferentes del encarcelamiento⁸⁵. A pesar del riesgo de quebranto de estas otras medidas⁸⁶, esta es la línea impulsada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios, que apuesta por “soluciones innovadoras” en los Códigos de Procedimiento Penal, como la vigilancia electrónica, que permitan minimizar el recurso a la prisión preventiva.

85 OTERO GONZÁLEZ, P.: “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, p. 191.

86 ESCOBAR MARULANDA, G.: “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, En (Cid Moliné, J./Larrauri Pijoan, E., Coords), *Penas alternativas a la prisión*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 208.

En este sentido, podrían incorporarse en el terreno procesal mecanismos de control telemático⁸⁷ que hoy en día se utilizan para los penados clasificados en tercer grado (régimen abierto). No sólo porque neutralizarían la visibilidad del estigma social inherente al medio penitenciario y eludirían los negativos efectos psicosociales de la prisión preventiva, esto es, sus graves repercusiones en el entorno social y laboral⁸⁸ del encausado, permitiéndole continuar con la ocupación que pudiera estar ejerciendo y, por ende, mantener los ingresos y la posibilidad de que, de ser considerado culpable, pueda hacer frente a los gastos derivados de la responsabilidad civil o sufragar las costas del proceso. Por otro lado, también aliviarían la sobrecarga de los centros penitenciarios que actualmente impide el cumplimiento del *principio celular* (art. 13 RP), sin hablar de su coste reducido en relación con los que comporta el encarcelamiento⁸⁹.

En las hipótesis de riesgo judicialmente constatado de destrucción de pruebas o su manipulación, o de una situación de peligro para la presunta víctima, otra alternativa que se ha barajado ha sido la custodia domiciliaria bajo control electrónico⁹⁰. En casos particulares, se prevé el ingreso en un centro de deshabitación para continuación del tratamiento de desintoxicación de sustancias estupefacientes (art. 508.2 LECrim), para evitar que el encarcelamiento frustre el resultado de dicho tratamiento, y siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio.

87 Véase el art. 221 Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre 2020, relativo a los medios telemáticos de localización.

88 GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Control electrónico y sistema penitenciario”, VVAA, VIII *Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, DGALJ, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, p. 79. Cfr. Asociación Pro derechos Humanos de España. *La práctica de la prisión provisional en España. Informe de Investigación*. Noviembre de 2015, p. 8.

89 OTERO GONZÁLEZ, P.: “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, cit., pp. 163 ss.

90 GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Control electrónico y sistema penitenciario”, cit., p. 79.

Con todo, la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente prevé modalidades alternativas al estigma del espacio carcelario. Las regula para supuestos muy limitados, bajo las medidas de vigilancia que resulten necesarias⁹¹, “cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud” (art. 508.1).

En este terreno, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 ha incidido en la custodia domiciliaria o en centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial de carácter público o privado, aplicables también como opción plausible en cualquier momento del internamiento cautelar (arts. 77 y 255 ss.). Constituye una suerte de “prisión atenuada”, o régimen atenuado de prisión preventiva, porque discurre fuera del ámbito y disciplina carcelarios, cuando esté en juego el “interés de la salud o de la seguridad de la persona a la que proceda aplicar una medida cautelar privativa de libertad”. Es una posibilidad que sortearía la desvinculación del entorno familiar y/o laboral, o la ruptura en el seguimiento de un tratamiento que específicamente requiera, estableciendo, en su caso, medidas específicas de control de cumplimiento, cuya vigilancia asumirá la Policía Judicial (art. 255.4). En este sentido, la autoridad judicial podrá fijar “con carácter general o permitir puntualmente las salidas que la persona encausada necesite realizar por motivos laborales, familiares o de salud” (art. 255.2), pudiendo también, bajo este régimen, establecer, cuando resulte necesario, “las prohibiciones y restricciones de las comunicaciones que imponga a la persona sometida a prisión atenuada respecto de personas distintas de aquellas con las que conviva o que le asistan” (art. 255.3).

En el derecho comparado de nuestro entorno, distanciándose de la visión de Estados Unidos⁹², Reino Unido

91 P. OTERO GONZÁLEZ incluye aquí medidas de vigilancia electrónica, cfr. “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, cit., p. 191.

92 ESCOBAR MARULANDA, G. : “Los monitores electrónicos ...”, cit., p. 208.

implantó, en 1989, sistemas telemáticos de control que descansaban en el objetivo de desocupar plazas penitenciarias en las masificadas cárceles británicas de entonces⁹³. El sistema de vigilancia electrónica, como modelo que sustituye al encarcelamiento preventivo, fue introducido en Francia en el año 2000⁹⁴, abonando así una clara tendencia hacia su desaparición definitiva.

VI. Conclusiones: la cadena de custodia judicial de garantías respecto de las condiciones del encarcelamiento preventivo

El sistema penitenciario en España ni arbitra ni avala al preso preventivo un régimen de vida especial y en menor grado intimidatorio y reductivo en derechos y libertades que aquel que se impone a los penados. Unos y otros se asimilan bajo el paradigma de un eje uniforme de sometimiento a la autoridad penitenciaria, cualquiera que sea el fin que el internamiento persiga. Sin atender al ligamen del preso preventivo al derecho fundamental a la presunción de inocencia que debe comprometer directamente a la Administración penitenciaria, se le recortan los mismos derechos y libertades; sufre peores condiciones en la vertiente asistencial; y los riesgos de desarraigo de su entorno familiar, social y laboral son ampliamente desatendidos. Un estado de cosas que alcanza el paroxismo para las mujeres presas por su baja *ratio* en comparación con los hombres.

El principio de presunción de inocencia que debe inspirar su día a día de vida penitenciaria es solo un reflejo caricaturizado de lo que significa la prisión preventiva

93 Cfr. PARÉSIGALLÉS, R.: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *Revista del Poder Judicial*, n. 46, 1997, p. 262.

94 Cfr. AUTIERI, D.: “Un braccialetto diverso”, *Le due città, Rivista dell’amministrazione Penitenziaria*, n. 12, 2001, p. 15; sobre sistemas comparados de vigilancia electrónica, POZA CISNEROS, M^a.: “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, n. 65, 2002, pp. 63 ss.

en España: el estatuto de la persona presa preventiva se ha abandonado a su suerte, un alto precio para quien se concibe como garantía personal del fin de realización de la justicia. Tendremos que convenir, con Concepción Arenal, que “es cosa que dista mucho de la justicia”⁹⁵.

A pesar de demostrarse con creces la falta de observación de garantías básicas en torno a las condiciones de internamiento de personas no condenadas, la prisión preventiva se sigue decretando, y no precisamente bajo parámetros de *ultima ratio*, como verbalizan las estadísticas de los últimos años. Hoy por hoy, es una realidad que los órganos judiciales conocen al tiempo que detentan la facultad para enviar a una persona encausada a la cárcel.

La conculcación de las exigencias internacionales de *separación cualitativa* de regímenes de vida en función de la condición procesal de la persona privada de libertad, la vulneración, por ende, de las condiciones de ejecución de la medida de prisión preventiva, supondrán la transgresión del derecho a la seguridad de los derechos fundamentales comprometidos en el particular estatuto del presunto inocente durante el internamiento, y, con ello, equivaldrán a la violación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Su repercusión debe ser valorativamente equiparable a las hipótesis de ausencia de presupuestos (STC 217/2015, de 22 de octubre) o “ausencia de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de los derechos fundamentales” (STC 138/2002, de 3 de junio; STC 333/2006, de 20 noviembre; art. 506 LEcrim), o de vacío del derecho de defensa relacionado con el acceso a los elementos que resultan esenciales para impugnar la prisión preventiva (SSTC 13/2017, de 30 de enero; 83/2019, de 17 de junio). Porque también es un contrasentido perseguir la finalidad constitucional de realizar la justicia sin

95 Cfr. “Abusos de la prisión preventiva”, *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1877.

establecer previamente salvaguardas adicionales que avalen precisamente condiciones particulares del internamiento a través de las que se materialice la presunción de inocencia como eje fundamental distintivo del estatuto del preso preventivo.

La doble vertiente del preso preventivo le imprime un doble estatus: “retenido-presunto inocente” a disposición de la autoridad judicial que ordena el ingreso carcelario como garantía personal de la realización de la justicia en un proceso penal en curso, y “encarcelado-presunto inocente” bajo la autoridad penitenciaria, pero ligado a esa misma finalidad. Dicho estatus impulsa, a su vez, una situación de garantía particular definida por el derecho fundamental a la presunción de inocencia que lo debe velar y acompañar en cada momento, de tal modo que impida que la medida de prisión preventiva se aplique como una condena anticipada.

De la mencionada situación particular debe responder, en virtud de su posición de garante, la autoridad judicial que decreta el encarcelamiento del presunto inocente. Ésta no sólo debe analizar y motivar los presupuestos de la prisión preventiva (art. 503 LECrim.), sino también adoptar, con carácter previo, y supervisar después, las cautelas necesarias de salvaguarda de un régimen de vida cualitativamente distinto y materialmente separado del resto de la población penitenciaria. A este propósito, cabe destacar el deber de supervisión de las condiciones de la detención y de la incomunicación que atribuye la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la autoridad judicial competente, que le conmina a controlar “efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación” (art. 527. 2 *in fine*), y le faculta a “requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos” (art. 527. 2 *in fine*). Un deber de garante que pretende apuntalar el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020:

Art. 212. 3. “El Juez de Garantías controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto *requerirá* información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos. En todo caso, la permanencia del incomunicado en dependencias policiales será registrada en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen” (la cursiva ha sido añadida).

A esta perspectiva de garante se agrega otra tarea: visitar una vez por semana “las prisiones de la localidad” “sin previo aviso ni día determinado”, con el objeto de recabar información “de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos” y adoptar “las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren” (art. 526 LECrim.). Estas funciones han sido integradas en las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria: “corresponde especialmente al Juez de Vigilancia” “realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)” [art. 76.2 h) LOGP]. Pero no empece las propias de la autoridad judicial que decreta la medida cautelar a la hora de avalar antes y después las condiciones particulares y exigibles para su cumplimiento en el medio penitenciario.

En síntesis, estas funciones que conforman la posición de garante de la autoridad judicial que acuerda la privación de libertad deben extenderse, por las mismas razones, a la supervisión y control de las condiciones mismas del encarcelamiento de un presunto inocente, incomunicado o no. A este respecto, es significativa la “novedad” que también introduce el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: “la recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el control periódico de la prisión provisional”. Se establece, a la sazón, un deber de control “de oficio imperativo, de periodicidad trimestral, a cargo del órgano judicial”. Se propone así dar cumplimiento

expreso de “un estándar esencial” de la doctrina del TEDH que requiere “una revisión permanente de las razones que justifican la privación de libertad”, una suerte de renovación de la ponderación de intereses en la que ganen peso “las diversas circunstancias que pueden estar relacionadas con el arraigo y la situación personal y familiar de la persona presa” (Exposición de Motivos). Es un modo de integrar en dicha posición de garante la supervisión de las condiciones de internamiento que deben corresponder al régimen de vida de los preventivos, que alcanza también a los establecimientos a los que se destinan.

Esta vertiente judicial de garante debe complementarse con la propia de las funciones del Juez de Vigilancia penitenciaria.

En efecto, el título jurídico que origina el internamiento genera, asimismo, una relación de sujeción particular con la institución penitenciaria que encarna el lugar de confinamiento y el régimen de custodia del preso preventivo. En este escenario, será la figura del Juez de Vigilancia penitenciaria la autoridad que deberá velar de oficio por el cumplimiento de las condiciones propias del régimen de vida correspondiente a esta modalidad de reclusión y frente a los posibles abusos y desviaciones derivados de las decisiones administrativas que afecten a los derechos fundamentales (arts. 76.1 y 76.2 g LOGP)⁹⁶. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2000 atribuye al Juzgado de vigilancia Penitenciaria la función de autorizar las intervenciones de comunicaciones a presos preventivos, cuando se fundamenten en razones que sean ajenas a los fines del proceso penal que determinaron su ingreso. Vacía de contenido las disposiciones del Reglamento Penitenciario en esta materia (arts. 43.1 y 46.5 RP).

96 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: op. cit., p. 96.

La dimensión garantística de las respectivas autoridades judiciales formará parte integrante de la relación de sujeción especial entendida como relación de especial protección del encarcelado presunto inocente. Porque, en definitiva, en virtud de esa respectiva posición de garante, velar por los derechos y libertades del preso preventivo, por el cumplimiento de su estatuto jurídico particular, es una implicación proactiva, como declara la doctrina del TEDH en esta materia: no se puede dejar, pues, a la iniciativa del recluso en forma de petición o queja ante el Director del establecimiento (art. 50 LOGP) y, en su caso, en forma de recurso ante el Juez de Vigilancia [art. 76.2 g) LOGP], como sugiere la escasamente comprometida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de marzo de 2009, respecto de las condiciones degradantes de los departamentos especiales (FIES-RE). Más contundente ha sido la línea iniciada por la STS 412/2010, de 7 de mayo, en coherencia con el legado garantista del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, que establece cautelas frente al reconocido “carácter sensiblemente más gravoso” de la prisión preventiva y su negativa incidencia sobre el recluso en todos los órdenes.

España no ha observado los presupuestos y salvaguardas internacionales en torno al estatuto particular del encarcelado no penado (Reglas Nelson Mandela, Reglas Penitenciarias Europeas, doctrina del TEDH), violación que es groseramente manifiesta en el caso de las mujeres (Reglas de Bangkok). En consecuencia, es hora de preguntarse por medidas alternativas a la prisión preventiva. Porque ni se puede aceptar de forma pacífica el encarcelamiento de un presunto inocente, y menos su imposición judicial, o el mantenimiento de su ejecución en el medio penitenciario, bajo un estado de cosas conocido que hace imposible velar por las garantías de los derechos fundamentales que el perfil de la prisión preventiva pone en permanente tensión: libertad, seguridad, integridad personal y presunción de inocencia. Una situación que anticipa el resultado de la cadena de custodia judicial de

garantías en las condiciones del internamiento: son razones materiales suficientes para erradicar esta figura del escenario de la cárcel.

Bibliografía

- AGUADO CORREA, T., “Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, 2012
- ALBIN ESER, A., “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’ Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social” (Trad. de Landa Gorostiza), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1998.
- ALMEDA SAMARANCH, E., “Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España”, *Papers, Revista de Sociología*, 2, 2017. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2334>
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ÁLVAREZ DÍAS, J.A/DÍEZ GONZÁLEZ, P.R., *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 18, 1996.
- ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1877.
- ASENSIO MELLADO, J. M^a., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.
- AUTIERI, D., “Un braccialetto diverso”, *Le due città, Rivista dell’amministrazione Penitenziaria*, n. 12, 2001.
- ARIZA, L.J./ITURRALDE, M., “Mujer, Crimen y Castigo Penitenciario”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas públicas en materias penales*, n. 24, 2017.
- BARRITA LÓPEZ, F., “La prisión preventiva y sus modalidades. Medios y procedimientos para su restricción”, En, *Orientación actual de la legislación penitenciaria*. Memoria de la V reunión nacional de Directores

- Generales de Prevención y Readaptación social. México D.F. 1998.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2015, nº 9.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Sistema democrático, punitividad y la octava tesis de Walter Benjamin”, En, *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (Portilla Contreras, G./Velásquez Velásquez, F., Dirs.), Dykinson, 2019.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., “La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española”, En (Acale Sánchez, M^a /Gómez López R.), *Derecho penal, género y Nacionalidad*, Comares, Granada, 2015
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género”, *Revista General de Derecho Penal*, 2006.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016.
- DAUNIS RODRÍGUEZ A., *Ejecución de penas en España*, Comares. Granada, 2016.
- DE LA CRUZ MÁRQUEZ, M.A.: “Mujeres y prisión”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- ESCOBAR MARULANDA, G., “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, En (Cid Moliné, J./Larrauri Pijoan, E., Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, 1^a ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Guía Práctica de Derecho Penitenciario 2016*. Ed. Jurídica Sepin, 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a D., “El abono de la prisión preventiva en el proyecto de código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, 1983.

- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2001.
- FINZI, M., *La prisión preventiva*. Propuestas de reforma precedidas por la traducción castellana de los escritos de Francesco Carrara sobre la materia. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El modelo resocializador del art. 25.2 de la constitución. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Teoría de la pena y Constitución”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, VVAA, VIII *Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, DGALJ, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.
- HERRERA MORENO, M., “Discursos criminológicos sobre la mujer infractora y su prisionalización”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- IGAREDA GONZALEZ, N., “Mujeres en prisión”, En, (A.I. Cerezo Domínguez/E.García España, Coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.
- JUAN SÁNCHEZ, R., “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, *InDret* 4/2017.
- JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*. 3ª Ed., Iustel, Madrid, 2016.
- JUANATEY DORADO, C., “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20, 2018.
- LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984.
- LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión Provisional y Régimen Penitenciario”, En, *Prisión Provisional, detención*

- preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997.
- LANDROVE DÍAZ, G., “La Reforma de la prisión provisional”, *La Ley*, n. 1, 2004.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J., *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, Grijley, Lima, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M^a. L., *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Dykinson Madrid, 2014.
- MARTÍN YÁÑEZ, M., *La ejecución penitenciaria de los privados de libertad pendientes de juicio: consagración de un régimen de vida de inferior categoría*. Tesis doctoral. Universidad de Jaén, 2007.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000.
- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, 2^a Ed., Colex, Madrid, 1999.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., “Tecnología de la irrealidad, cárceles de máxima seguridad, incomunicabilidad y sublimación autoritaria”, En, (E. Echeburúa Odriozola/J.L. de la Cuesta Arzamendi/ I. Dendaluze Seguro, Coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, 1989.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., “Privación de libertad y derechos fundamentales”, En *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*. Icaria, Barcelona, 2008.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “Detención incomunicada y contenidos de los artículos 577 y 578 del Código penal. Análisis y propuestas”, *Revista de Pensamiento e Historia*, n. 47, 2014.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I./RIVERA BEIRAS, I./MIRANDA RODRIGUES, A., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Bosch, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F./MORENO CATENA, V.M., “La prisión provisional en el Derecho español”, En, *La*

- reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- NAÏR, S.: *El desengaño europeo*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, Bosch, Barcelona, 2002.
- NISTAL BURÓN, J., “El régimen Penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 33, 1995.
- NISTAL BURÓN, J., “Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva: régimen penitenciario y principio constitucional de “presunción de inocencia”, *La ley*, nº 7282, 2009.
- NISTAL BURÓN, J./SOLAR CALVO, M^a P., “Indemnización a todos los presos preventivos absueltos del delito imputado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 954, 2019.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008.
- PAREJO ALFONSO, L./DROMI, R., *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*. Marcial Pons, 2001.
- PARÉS I GALLÉS, R., “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *Revista del Poder Judicial*, n. 46, 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*. Iustel, 2012.
- RACIONERO CARMONA, F., “La visita de la vieja Dama, una alegoría sobre la Ley Orgánica General Penitenciaria”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1-1999.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una

- revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena”, *InDret* 3, 2020.
- RIVERA BEIRAS, I.: *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ROBERT, J., *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 5. Ed., Montcherstien, París, 1993.
- SANZ GARCÍA, F.: “Mujeres en Prisión”, En, *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Dykinson, Madrid, 2012.
- SEBASTIÁN CHENA, V.J., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en el ámbito penitenciario (segundo semestre de 1997)”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 2, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1997.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D., “Delincuencia femenina: nuevas perspectivas para su estudio”, *Cuadernos de Política Criminal*, 90, 2006.
- SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 12, 1980.
- STENGLEIN, G., “Revisión crítico-comparada de las principales teorías científico sociales sobre la delincuencia femenina”, *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, 5, 2013.
- TELLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina Penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer, Madrid, 1998.
- TELLEZ AGUILERA, A., “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1999.
- YAGÜE OLMOS, C., “Panorama actual de la situación de las mujeres y madres en los centros penitenciarios españoles”, En (F.T Añaños, Coord.), *Las Mujeres en las prisiones. La educación social en contextos de riesgo y conflicto*. Gedisa, Barcelona, 2010.